Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß, insbesondere bei anfechtbaren Verträgen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Alfred Voswinkel

Gerichtsreferendar aus Bochum.

Marburg 1930

Buchdruckerei Joseph Braun in Bochum.

Als Dissertation angenommen am 2. Juli 1930.

Berichterstatter: Geheimer Justizrat Prof. Dr. Leonhard.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit!

Gliederung.

I. Die Kennzeichnung des Themas.
II. Culpa in contractu und culpa in contrahendo.
III. Geschichtlicher Rückblick.
IV. Die in unserem Recht sich findenden Bestimmungen über die Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß.
V. Das praktische Bedürfnis für einen aus den Einzelbestimmungen hergeleiteten allgemeinen Haftungsgrundsatz.
VI. Der Rechtsgrund.
VII. Ein gültiger Vertrag als Voraussetzung der Haftung.
VIII. Die Haftung für culpa in contractu in Fällen, in denen der Vertragsgrund durch Anfechtung beseitigt wurde.
IX. Der Haftungsumfang.

Schrifttum und Rechtsprechung.

Alsberg: Die Haftung des Bankiers für Fahrlässigkeit bei der Empfehlung von Wertpapieren, in Holdheims Monatsschrift 1906, S. 321 ff.

Biermann: Bürgerliches Recht. Allgemeine Lehren und Personenrecht. 1908.

Blume, von: Der Schadenersatz des Verkäufers wegen Lieferung einer mangelhaften Sache und seine Verjährung. Iherings Jahrbuch Band 55 Seite 209 ff.

Brecht: System der Vertragshaftung. Iherings Jahrb. Bd. 53 Seite 213 ff.

Cohen: Zur culps in contrahendo, Juristische Wochenschrift 1916 Seite 373 ff.

Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1922.

Crome: System des Deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1 1900, Band 2 1902.

Dernburg: Pamdekten: Obligationenrecht 7. Aufl. 1903.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs, 4. Auflage 1909.

Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil. 12. Bearbeitung 1928.
Recht der Schuldverhältnisse. 10. Bearbeitung 1927.

Geppert: Fahrlässigkeit beim Vertragsschluß.
Gruchot Beiträge Band 69 Seite 528 ff.

Gierke, Otto von: Deutsches Privatrecht, 3. Band. Schuldrecht 1917.

Goldschneider: Die Haftung der Wirte für Unfälle in ihren Räumen. Gruchot Beiträge 60 S. 372.

Fischbach: Vorbereitende Rechtsverhältnisse, Arch. f. bürliches Recht 41 S. 160 ff.

Fuchs: Die Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz 1909.

Fürst: Schuldverhältnisse aus einseitigen Rechtsgeschäften. Leipz. Zeitschrift 1910 S. 177 ff.

Hachenburg: Besprechung, Juristische Wochenschrift 1916 Seite 116.
Hedemann: Grundriß des Schuldrechts.
Helderich: Das Verschulden beim Vertragsabschluß im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung. 1924.
Herholz: Das Schuldverhältnis als Rahmenbeziehung, Arch. für ziv. Praxis Band 130, S. 283 ff.
Ihering: Das Schuldmoment im römischen Privatrecht. 1867.
Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen. Iherings Jahrb. Band 4 S. 1 ff.
Josef: Recht, 1916 S. 473 ff.: Erfüllungsgehilfen bei Vorverhandlungen.
Kipp: Deutsche Juristenzeitung, 1908 S. 255.
Klein: Anzeigepflicht im Schulrecht 1908.
Zur Lehre vom sogenannten negativen Vertragsinteresse DJZ. 1906 S. 596.
Zur Lehre vom sogenannten negativen Vertragsinteresse Seuff Blatt 72, Seite 140 ff.
Krückmann: Nachlese zur Unmöglichkeitslehre. Iherings Jahrb. Band 59 S. 233 ff.
Kuhlenbeck: Zur Lehre vom sogenannten negativen Vertragsinteresse. DJZ. 1905 S. 1142 ff.
Leonhard, F.: Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschluß. 1896.
Verschulden beim Vertragsschluß 1910.
Die Beweislast. 2. Auflage 1926.
Lehrbuch in kurzen Sätzen. 2. Aufl. 1927.
Allgemeines Schuldrecht des BGB. im Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft von Karl Binding. 1929.
Leonhard, R.: Zur Gefahr der Geschäftsabschlüsse mit heimlich Geisteskranken. Bankarchiv 1905/1906 S. 153 ff.
Levy: Juristische Wochenschrift 1922 S. 1313.
Löwenwarter: Culpa in contrahendo. J. W. 1921 S. 1307.
Manigk: Irrtum und Auslegung. Zwei Grundpfeiler der Lehre von der Willenserklärung. 1918.
Willenserklärung und Willensgeschäft. 1907.
Mommsen: Erörterung aus dem Obligationenrecht II 1879.
Beiträge I zum Obligationenrecht 1853/54.
Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches. Amtliche Ausgabe 1888.
Naendrup: Rechtsscheinsforschungen, Heft I, 1910.
Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, III. Aufl. 1927.
Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 1928/29.
Ein Beitrag zur Frage der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß insbesondere für Verschulden des Bestellers beim Abschlusse des Vertdages. L. Z. 1914 Seite 513 ff.
Juristische Wochenschrift 1919 S. 35.

Bemerkung zur Frage der Haftung bei einem wegen Mißverständnis nicht zustandegekommenen Vertrages. Arch. f. ziv. Praxis 121 S. 122 ff.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 1 1913; Band 2 1. Teil 1914, 2. Teil 1928.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB.
Regelsberger: Zivilrechtliche Erörterungen, 1. Heft 1868. Gesetz- und Rechtsanwendung Iherings Jahrb. 58 S. 146 ff.
Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB. I. und II. Bd., 6. Auflage 1928.
Richter: Schadensersatz bei Verschulden gelegentlich der Vertragsverhandlungen J. W. 1921 S. 644 ff.
Schneider: Iherings Jahrb. 53 S. 24 ff. Zusicherung beim Kauf. Recht 03 S. 522 ff.
Schönwald: Verschulden beim Vertragsschluß. Dissertation Breslau 1926.
Negendanck: Zur Lehre von der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß. Dissertation Marburg 1928.
Siber: Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, Iherings Jahrb. 70 Seite 223 ff.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch III 12. und 13. Auflage 1926.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 9. Auflage 1925; Schuldrecht, 1. Teil, 9. Auflage 1930, 2. Teil, 9. Auflage 1928.
Stoll: Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen, Leipziger Zeitschr. 1923 S. 532 ff. Besprechung J. W. 1927, S. 1086 Ziffer 4.
Titze: Das Verschulden beim Vertragsschluß. D. J. Z. 1925 Seite 490.
Thur, von: Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts 1914. Schadensersatz bei Dissens. Arch. f. ziv. Praxis Bd. 121 Seite 359.
Walsmann: Besprechung des allgemeinen Teils von v. Thur in Zeitschr. für Handelsrecht 84 S. 215 ff.
Warneyer: Kommentar zum BGB. 1923.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Seufferts Archiv für Entscheidungen.
Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.
Warneyers Jahrbuch.
Deutsche Juristenzeitung.
Juristische Wochenschrift.
Gruchots Beiträge.
Recht.

I.

Das Problem der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß ist keines von den vielen, die erst aus der neuesten Umgestaltung der Wirtschaft und des sozialen Lebens entstanden, aber es ist genau wie diese ein Problem, dessen Lösung unser Bürgerliches Gesetzbuch noch nicht versucht hat. Das BGB. unterscheidet zwischen einer vertraglichen und einer außervertraglichen sogenannten nur-gesetzlichen Haftung. Die Vielgestaltigkeit des Lebens aber wirft die Frage nach der Haftung für Verschulden auf, wenn dies in einer Zeit liegt, da eine vertragliche Bindung zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten noch nicht bestand, in der aber andererseits diese Personen bereits aus der allgemeinen Beziehung zweier beliebiger Menschen herausgetreten und mit der Schaffung einer vertraglichen Beziehung beschäftigt waren. Dieses Stadium umfaßt drei rechtliche Möglichkeiten. Einmal die Gruppe, in der die schuldhaft begangene schädigende Handlung im Verlauf von Vertragsverhandlungen erfolgte, die später zum Abschluß eines Vertrages und damit zur Schaffung einer Vertragsbeziehung führten. Sodann gehören hierher die Fälle, in denen ebenfalls der Vertrag in Verfolg der Verhandlungen zustande kam, in denen aber der Vertrag durch Anfechtung beseitigt wurde und endlich kann die Schädigung bei Vertragsverhandlungen bewirkt worden sein, die niemals zum Abschluß eines Vertrages geführt haben.

Sollen nun auf die genannten Fälle ausdehnend die Grundsätze des Vertragsrechtes angewendet werden oder die des Unrechtsverkehrs oder gar empfiehlt es sich, diese Gruppen als ein besonderes Zwischenstadium zwischen vertraglichen und nurgesetzlichen Rechtsbeziehungen besonderen Haftungsgrundsätzen zu unterwerfen? Als Lösung der aufgeworfenen Fragen kann nur die Ansicht gelten, die einmal mit den positiv-rechtlichen Vorschriften unserer Rechtsordnung vereinbar ist und die zum anderen den wirtschaftlichen Anforderungen des Lebens gerecht wird. Beide Gesichtspunkte sind bei der Behandlung des hier in Frage stehenden Problems wiederholt außer Acht gelassen worden. Als befriedigendes Ergebnis kann nur eine Ansicht gelten, die bei weitgehendster Anpassung an die wirtschaftlichen Notwendigkeiten auf dem Boden des Gesetzes steht.

II.

Das Schrifttum zu der viel behandelten Frage nach der Haftung für das Verschulden beim Vertragsschluß leidet unter dem Mangel jeder Unterscheidung zweier völlig verschiedener Rechtsinstitute: der Lehre Iherings von der culpa in contrahendo und der Lehre Leonhards von der culpa in contractu.[1]) Die entsprechenden deutschen Bezeichnungen zur Betonung des Un-

[1]) Leonhard, Verschulden beim Vertragsschluß S. 58; Allgemeines Schuldrecht S. 555; Enneccerus Lehrbuch § 266 Anm. 4.

terschiedes sind „Verschulden bei den Vertragsverhandlungen“ und „Verschulden beim Vertragsschluß“. Die Frage der Haftung für Verschulden bei den Vertragsverhandlungen hat Ihering in seiner berühmten Abhandlung in Dogm. Jahrb. Bd. 4 S. 1 ff. aufgeworfen. Er behandelt dort die Frage nach dem Ersatz des Schadens, den jemand im Vertrauen auf die Gültigkeit eines nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Vertrages erlitten hat. Der gesetzgeberische Erfolg der Ideen Iherings sind die §§ 122, 179, 307, 309 BGB. Den Gegenstand der Untersuchung Leonhards bildeten dagegen die Fälle in denen ein gültiger Vertrag zustande kam. Bei einem solchen Vertragsabschluß kann es zur Schädigung der einen Partei durch die andere kommen. Inwieweit für diese Schäden gehaftet wird, ist die Frage nach der Ersatzpflicht für Verschulden beim Vertragsschluß. Von Ihering ist die Frage nach der Haftung bei gültigem Vertragsschluß noch nicht behandelt worden. — Die herrschende Lehre ist dagegen der Ansicht, daß es sich bei beiden Autoren um ein und dasselbe Prinzip handelt. Stoll[2]) sagt u. a.: „Indessen auch Leonhards Grundsatz der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß aus nachfolgendem gültigen Vertrage geht auf das gleiche Problem zurück wie Iherings Forderung nach Haftung für verschuldete Vertragsnichtigkeit.“ Die Gemeinsamkeit soll nach seiner Ansicht darin liegen, daß es sich in beiden Fällen um ein Einstehen für ein Verhalten vor Vertragsschluß handelt. Aber darum kann es sich auch handeln, wenn der Anspruch auf § 823 oder 826 BGB. gestützt wird. Dieses zeitliche Zusammentreffen beweist in keiner Weise, daß es sich um ein einheitliches Rechtsinstitut handelt.

Grundsatz der Lehre Leonhards ist es, daß die Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß nur eintritt, wenn auch wirklich ein Verschulden dem schädigenden Vertragsteil nachgewiesen ist. Auch Ihering hat das Verschulden anfänglich zur Voraussetzung seiner Haftung gemacht. „Das Gebot der kontraktlichen diligentia gilt für gewordene wie auch werdende Kontraktsverhältnisse, eine Verletzung derselben begründet hier wie dort die Kontraktsklage.[3]) Aber Ihering hat selbst erkennen müssen, daß seine Einteilung auch Fälle nicht ausschließt, in denen ein Verschulden garnicht vorliegt, eine Haftung nach den von ihm aufgestellten Grundsätzen jedoch stattfinden muß.[4]) Das veranlaßte Regelsberger zu der Auffassung, daß es nicht möglich sei, an dem Erfordernis des Verschuldens festzuhalten, selbst wenn man den Verschuldungsbegriff „auf eine Streckmaschine bringe.“[5]) Ihering selbst anerkannte, daß er, um die von ihm erstrebten Verbesserungen im Rechtssystem durchzuführen, vom Verschulden als Voraussetzung der Haftung absehen müsse; es müsse an die Stelle des beschränkten subjek-

[2]) Leipziger Zeitschrift, 1923 S. 532.
[3]) Iherings Jahrb. Bd. 4 S. 52.
[4]) a. a. O. S. 93.
[5]) Zivilrechtliche Erörterungen S. 33.

tiven Unrechts eine objektive Formulierung treten.[6]) Auch die Bestimmungen §§ 122 und 179 II BGB. enthalten den Grundsatz der Haftung für Verschulden beim ungültigen Vertrage, ohne daß es auf ein wirkliches Verschulden abgestellt wäre. Damit ist ein weiterer grundsätzlicher Gegensatz zwischen der Lehre Iherings und der Leonhards aufgezeichnet, der es rechtfertigt, daß man eine Gleichbehandlung beider Lehren, wie sie vielfach vorgenommen wird, ablehnt.

III.

Das ältere römische Recht bot seiner formalen Gestaltung wegen keinen Schutz gegen Schädigung durch ein Verschulden des Gegners beim Vertragsschluß. Es blieb nur die Möglichkeit, in Form einer stipulatio den Vertragsgegner für etwaige Schäden haftbar zu machen.[7]) Die durch die Aedilen geschaffenen Rechtsbehelfe der actio redhibitoria und der actio quanti minoris bedeuteten ebenfalls keine durchgreifende Aenderung, da sie nur beim Kauf gegeben waren, vor allen Dingen aber, weil sie sich auf die Fehler beschränkten, die in Edikten besonders genannt waren.[8]) Die actio de dolo hätte diese Lücke im System der römischen actiones ausfüllen können, aber wegen der mit ihrer Anwendung verbundenen Infamie waren die Römer bemüht, die actio de dolo nach Möglichkeit auszuschalten und an die Stelle deliktischer Klagen solche nichtdeliktischer Art zu setzen.[9]) Als dann der Weltverkehr mit seinen Anforderungen die Fortbildung des formstrengen ius civile und die Anerkennung formloser Geschäfte bewirkte, änderte der in die Konsensualverträge — die an die Stelle der alten Manzipation getreten waren — aufgenommene Zusatz: „ex bona fide" das ganze Rechtssystem. Es lag in der Richtung dieser Entwicklung, daß der Gedanke einer Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß auftauchte. Leonhard hat in seiner Schrift: Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschluß (1896) den Nachweis erbracht, daß die Römer tatsächlich bei der Ausbildung des Begriffes der bona fides auch die Lehre von der Haftung für Verschulden bei Abschluß eines Vertrages geschaffen haben. Die vorher herrschende und neuerdings wieder von Heldrich[10]) vertretene Ansicht dagegen geht dahin, daß im römischen Recht nicht allgemein für culpa in contrahendo gehaftet worden wäre, sondern nur im Sonderfalle der Arglist. Bei seiner Beweisführung stützt sich Leonhard vor allem auf die Fälle, in denen das Verschulden des Verkäufers darin liegt, daß er Fehler der Ware verschweigt.

---

[6]) Schuldmoment S. 38 Anm. 73.
[7]) Leonhard, Haftung, S. 6.
[8]) Momsen, Erörterungen, II Seite 18 ff.
[9]) Heldrich, Das Verschulden beim Vertragsabschluß im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwickelung, 1924, S. 1. Regelsberger, Zivilrechtliche Erörterungen Seite 33.
[10]) Heldrich, a. a. O. S. 6 ff.

Bei Cicero[11]) heißt es, daß der Verkäufer von Grundstücken für die Fehler haftet, die er kennt und verschweigt. Von einer Beschränkung auf die Fälle der Arglist ist dabei durchaus keine Rede. Wenn die Angabe der Fehler vom Verkäufer vergessen worden ist, oder wenn er in nicht berechtigter Sorglosigkeit annahm, daß der Mangel dem Käufer bereits bekannt, oder daß er ihm nicht wesentlich sei, trat demnach ebenfalls eine Haftung ein.[12]) Auch sonst benennt Leonhard[13]) verschiedene Stellen der Digesten, in denen die Haftung des venditor sciens ohne jede Einschränkung festgesetzt ist. (Z. B. D 18, 6, 16; 21, 1, 1; D 21, 1,4, 4; D 18, 1, 45; D 19, 1, 13, 3.) Daraus muß man mit Leonhard den Schluß ziehen, daß in diesen Fällen der Verkäufer für jedes Verhalten haften mußte, das gegen die bona fides verstößt, also auch für jede Fahrlässigkeit. Denn in den Fällen, in denen nur der arglistige Verkäufer gemeint ist, bedient sich der Römer immer eines Zusatzes wie dolo malo, mentiri, celare.[14]) (Siehe Dig. 21, 1, de aet. ed. l. 1 § 1—19, 1, de act. emt. l. 22—21, 2 de evict. l. 69 § 5.) Heldrich[15]) behauptet demgegenüber, daß die von Leonhard herangezogenen Digestenstellen eine Haftung für culpa nicht aussprechen, sondern nur den Fall dolosen Verhaltens betreffen. Als Begründung führt Heldrich für seine Ansicht an, daß den Römern der Gedanke, daß der venditor sciens u. U. auch bloß fahrlässig gehandelt haben könnte, garnicht gekommen sei. Das folgert er daraus, daß an mehreren Stellen[16]) gegen den sciens ohne weiteres die actio de dolo gegeben werde. Wie sich jedoch aus dem Vergleich der Stellen ergibt, handelt es sich hier in allen Fällen um ein wirklich arglistiges Verhalten und davon, daß „ohne weiteres" die actio de dolo gegeben wurde, kann keine Rede sein.[17])

Eine zweite Gruppe von Fällen, in der für ein Verschulden beim Vertragsschluß, das nicht Arglist war, im römischen Recht gehaftet wurde, ist die der fahrlässigen Versprechungen beim Vertragsabschluß. Es liegt nun nahe, das Versprechen als den Grund für die Haftung anzusehen, ohne daß es dann auf ein Verschulden ankäme. Diese früher herrschende Ansicht steht jedoch im Widerspruch mit den Ergebnissen der Rechtsgeschichte, aus der wir wissen, daß solche Erklärungen, um gültig zu sein, der Stipolationsform bedurft hätten.[18]) Wenn also die Quellen öfters eine Schadenshaftung des Verkäufers,

---

[11]) de officiis liber III c. 16.
[12]) V. V. S. 5.
[13]) Haftung S. 18ff.
[14]) Leonhard, V. V. S. 5.
[15]) a. a. O. S. 6.
[16]) Er nennt D 4, 3, 18, 3; 13, 7, 36, 1; 30, 110;
[17]) Negendanck, Zur Lehre von der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß, Diss. Marburg 1928, S. 6.
[18]) l. 7 § 5 D. de pact. 2, 14; s. auch l. 27 D de div. reg. 50, 17, vergl. Leonhard Haftung S. 25 u. V. V. S. 6.

der eine formlose Zusage über die Beschaffenheit der Ware abgegeben hat, erwähnen,[19]) so muß in diesen Fällen nicht das Versprechen, sondern das Verschulden den Haftungsgrund abgeben. Daß die Römer dabei nicht an eine fingierte Arglist dachten[20]), sondern nur an Fahrlässigkeit, beweist l. 13 § 3 d. 19, 1: Es handelt sich darum, daß der Verkäufer eines diebischen Sklaven versichert, da er dessen Charakter nicht kennt, der Sklave sei tüchtig und brav. Er haftet nach diesen Digestenstellen dem Käufer für allen Schaden. „Nun kannte er ja freilich den Mangel nicht: aber er durfte über Dinge, die er nicht kannte, nicht leichtsinnige Vereinbarungen machen und mit einer leichtfertigen Angabe so schnell bei der Hand sein."[21]) Geppert[22]) sieht trotzdem allein in der asseveratio den Haftungsgrund und hält den angeführten Satz für eine bloße „Ausschmückung" des Falles, die weitere Schlüsse nicht gestattet. Angesichts der unzweideutigen Ausdrucksweise Ulpians vermag aber eine solche Auslegung keineswegs zu überzeugen. Aus dieser Quellenstelle erhellt vielmehr klar, daß für fahrlässiges Verhalten beim Vertragsabschluß im römischen Recht gehaftet wurde.[23]) Die Auffassung Heldrichs[24]), diese Stelle sei eine Rechtfertigung der Neuerung, daß für formlose dicta gehaftet wurde, und zwar unabhängig von jedem Verschulden, wird dadurch am besten widerlegt, daß ein Verschulden ausdrücklich festgestellt wird und auf die Begründung der Haftung auf dieses Verschulden in der Fassung offenbar Wert gelegt wird.

Ein dritter Fall, in dem das römische Recht eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß kennt, ist der, daß ein Verkäufer es schuldhaft unterläßt, sich über Eigenschaften der Ware zu unterrichten.[25]) Wer schadhafte Fässer vermietet, haftet nach römischem Recht für den entstandenen Schaden, weil der Verkäufer die Dichtigkeit eines Fasses leicht durch eine probeweise Füllung mit Wasser ausprobieren kann.[26]) Daß Fahrlässigkeit den Grund für diese Haftung abgibt, beweist l 54 d 19, 1, wonach die Haftung dann wegfällt, wenn die Fässer eingegraben waren und daher nicht untersucht werden konnten.[27]) Heldrich tritt der Ansicht Leonhards mit der Behauptung entgegen, die angeführten Stellen beträfen Genusgeschäfte und behandelten die Frage des Verschuldens garnicht. Jedoch setzt er sich damit mit deren Inhalt in Widerspruch. In der von Leonhard herangezogenen D 19, 1, 6, 4, handelt es sich um das-

---

[19]) l. 45 d. 18, 1.—l. 6 § 4 d. 19, 1.
[20]) Donellus comm. jur. civ. lib. XIII c. 3 sed. hac. actiones.
[21]) Nach demselben Grundsatz entscheidet cod. 4, 58, de aed. act. c. 3 § 1.
[22]) Fahrlässigkeit beim Vertragsschluß Gruchot Bd. 69 S. 530.
[23]) Leonhard, Haftung, S. 29 u. V. V. S. 7.
[24]) a. a. O. S. 6.
[25]) Leonhard, Haftung, S. 31ff. und V. V. S. 7 und 8.
[26]) D. 19, 1, 64; 19, 2, 19, 1; 21, 1, 33 pr.; 19, 1, 27; 19, 1, 54, 1.
[27]) Leonhard, a. a. O., dagegen Geppert a. a. O. S. 530.

selbe Geschäft wie in D 19, 2, 19, 1. Wenn in letzterer aber gesagt wird „nex ignorantia eius erit excusata?", so weist das darauf hin, daß ein Species- und kein Genusgeschäft zur Behandlung steht, denn bei Genusgeschäften ist der Vermieter doch aus dem Gesichtspunkt der Nichterfüllung ohne Rücksicht auf Verschulden bereits zur Lieferung mängelfreier Fässer verpflichtet, eine Erörterung der Entschuldbarkeit wäre also überflüssig.[28]) Aus alle dem ergibt sich, daß man Leonhard darin beipflichten muß, daß bereits im römischen Recht nicht nur für Arglist, sondern auch für ein fahrlässiges Verhalten bei den Vertragsverhandlungen gehaftet werden mußte.[29])

Die gemeinrechtliche Theorie hatte die hier vertretene Anschauung über den Standpunkt des römischen Rechts zur Frage der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß noch nicht. Die Folge war, daß sie gemäß der vermeintlichen Stellung des römischen Rechts die Haftung ablehnte. Die Praxis jener Zeit konnte sie jedoch nicht entbehren. In ihren Entscheidungen hat sie deshalb den Grundsatz der allgemeinen Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß angewandt, ohne jedoch schon Klarheit über die maßgebenden Gesichtspunkte zu haben.[30]) So ist ein Schadensersatzanspruch für Verschulden beim Vertragsschluß auf der Grundlage des gemeinen Rechts bejaht worden in den Entscheidungen: Seuff Archiv 5. Nr. 153 (Stuttgart); 7 Nr. 170, 32 Nr. 193 (Celle), 7 Nr. 31 und 17 Nr. 17 (Lübeck) und RGE. 52 S. 173. Geppert[31]) führt die genannten Entscheidungen einzeln auf und bestreitet bei jeder, daß der Grundsatz der Haftung für Fahrlässigkeit bei den Vertragsverhandlungen in ihnen Verwendung gefunden habe. So führt er den Fall Seuff. Arch. 7 Nr. 31 an, in dem der Beklagte deshalb haftbar gemacht wurde, weil er dem Kläger einen Speicher vermietet hatte, dessen Boden eingestürzt war, wobei die darauf gelagerten Waren verloren gegangen waren. Geppert glaubt, in Anlehnung an den Wortlaut der Entscheidung wegen Verschuldens bei der Erfüllung des Mietsvertrages den Ersatzanspruch geben zu können. Aber es ist das unrichtig, denn wie später noch eingehend zu erörtern sein wird, ist die Ueberlassung des Speichers nach Abschluß des Mietsvertrages Schuldnerpflicht. Der Beklagte hätte den Speicher so nicht vermieten dürfen, aber nicht hätte er die Erfüllung des Mietsvertrages verweigern müssen. Auch die Entscheidung Seuff. Arch. 7 Nr. 170 in der jemand Kümmel mit giftigen Stechapfelsamen verkauft hat und für die beim Käufer eingetretenen Schäden haftbar gemacht wird, beruht auf dem Grundsatz der Haftung für fahrlässiges Verhalten beim Vertragsabschluß. Aus der Erfüllung, wie Gep-

[28]) Leonhard, Haftung S. 41; Negendanck S. 9 und Leonhard Allg. Schuldrecht S. 547.
[29]) So auch Dernburg Pandekten II, 269 § 98 (anders Bürg. Recht 2 S. 70); Krückmann Arch. f. ziv. Pr. 101 S. 197.
[30]) Leonhard, V. V. S. 9, Oertmann, Leipz. Z. 1914 Sp. 523.
[31]) a. a. O. S. 531 und 532.

pert will, kann man die Schadensersatzpflicht nicht herleiten. Ebenso beruht auch die Haftung des Viehhändlers in Seuff. Arch. 32 Nr. 193 für den gelieferten kranken Bullen auf dem Grundsatz der Haftung für culpa in contractu.

Dieses in der Rechtsanwendung hervorgetretene Bedürfnis nach einer Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß hat auch bei der Rechtssetzung der damaligen Zeit seinen Ausdruck gefunden. Bereits das im Jahre 1794 Gesetz gewordene preußische Allgemeine Landrecht enthält in ALR. 1, 5 § 284 eine allgemeine Bestimmung, daß das gleiche wie für die Erfüllung des Vertrages auch für das Verschulden eines Contrahenten vor Abschluß des Vertrages gelten soll, wenn er die ihm seinem Vertragsgegner gegenüber obliegenden Pflichten vernachlässigt hat.[32]) Auch das österreichische Recht in seinen §§ 878, 932 A BGB. und das schweizerische in seinem Obligationsrecht Art. 243, 245 stehen auf dem gleichen Standpunkt. Der Wille des bayerischen Gesetzgebers war zur damaligen Zeit ebenfalls auf eine Regelung im Sinne der Geschichte gerichtet, wie sich aus den Art. 317 und 319 des bayerischen Entwurfs vom Jahre 1860 ergibt. Auch diejenigen Teile unseres Vaterlandes, die bis zum Jahre 1900 nach französischem Recht lebten, hatten eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß, wie das Reichsgericht mit Rücksicht auf den Art. 1135 des code civil ausgesprochen hat.[33]) Nur das sächsische Recht hat eine bewußt ablehnende Haltung eingenommen.[34])

IV.

Die Geschichte und die am Ausgang des 19. Jahrhunderts in Deutschland geltenden Rechtsordnungen stellen im allgemeinen das Gedankengut dar, aus dem unser Bürgerliches Gesetzbuch geschaffen wurde. In der Frage der Haftung für Fahrlässigkeit während der Vertragsverhandlungen haben die Verfasser des BGB. jedoch nicht an die reiche Geschichte angeknüpft. Das geschichtliche Material lag ihnen noch nicht gesammelt vor und so kommt es, daß eine grundlegende Entscheidung in der Frage des Einstehens für die Fahrlässigkeit bei den Vertragsverhandlungen bei der Schaffung des BGB. nicht gefallen ist. Aber die spätere Entwicklung hat doch auch dieses große Gesetzgebungswerk durch zahlreiche Einzelvorschriften weitgehendst beeinflußt. Durch dieses gelangt die gesetzgeberische Tendenz zum Ausdruck, die geschichtliche Entwickelung nicht abzubrechen, vielmehr die Ausdeutung der Geschichte einer späteren Zeit zu überlassen. Ausdrücklich wurde der Rechtswissenschaft und der Rechtsanwendung die Aufgabe zugewiesen, den Grundgedanken

---

[32]) Staudinger, I. 2 zu § 266.

[33]) RGE. Bd. 12, S. 322ff., vergl. darüber Leonhard V. V. S. 10 und Heldrich a. a. O. S. 41ff.; gegen die Auffassung Leonhards Geppert a. a. O. S. 534, der den gewiß nicht klaren Wortlaut zu Unrecht ins Feld führt.

[34]) § 922 sächs. BGB.

dieser Einzelbestimmungen klar herauszuschälen und das Bedürfnis für seine Geltung zu untersuchen, Deshalb sollen im Folgenden die Einzelanwendungsfälle auf ihre Bedeutung für die Frage der Haftung des näheren einer Betrachtung unterzogen werden.

Im § 694 BGB. verpflichtet das Gesetz den Hinterleger, dem Verwahrer einen Schaden zu ersetzen, der diesem dadurch entstanden ist, daß der Hinterleger ihm die gefahrdrohende Beschaffenheit der Sache nicht angezeigt hat. Schon die Motive zum BGB. stellen sich auf den Standpunkt, daß er sich hierbei um einen Fall der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß handelt: „Nur vom Standpunkt einer zu vertretenden culpa in contrahendo läßt sich die Verantwortlichkeit der Hinterleger für einen dem Verwahrer aus der Hinterlegung entstandenen Schaden begründen.[35]) Mit Recht ist dem die Literatur nahezu einmütig gefolgt.[36]) Nur Warneyer[37]) ist der Ansicht, daß dieses ein Ausfluß der aus dem Verwahrungsvertrage folgenden Verpflichtungen ist.

Die Haftung nach § 694 BGB. tritt ein, wenn der Hinterleger die gefahrdrohende Beschaffenheit der hinterlegten Sache kannte oder hätte kennen müssen. Es ist also im Gesetz eine Anzeige- und Erkundigungspflicht für den Hinterleger normiert. Als Zeitpunkt dieser Pflichten bestimmt das Gesetz die Hinterlegung, da diese aber ein Realvertrag ist, so fällt die Hinterlegung mit dem Vertragsabschluß zusammen. Für diesen Zeitpunkt besteht somit schon eine Erkundigungs- und Anzeigepflicht. Diese für die Zeit der Vertragsverhandlungen bestehende Untersuchungs- und Erkundigungspflicht endigt mit dem Abschluß des Vertrages. Es würde auch praktisch von geringem Wert sein, eine Untersuchungspflicht für die Zeit nach dem Vertragsschluß anzunehmen, denn durch den Abschluß gibt der Hinterleger die Sache aus der Hand und verliert damit die Möglichkeit, eine Untersuchung auf gefahrdrohende Beschaffenheit vorzunehmen.[38]) Anders ist es mit der Anzeigepflicht, diese muß auch für die Zeit nach dem Abschluß des Vertrages noch anerkannt werden. Wenn der Hinterleger um jene gefahrdrohende Beschaffenheit nach der Hinterlegung erfährt, dann muß er diesen Mangel seinem Vertragsgegner anzeigen. Geschieht dieses vorsätzlich oder aus Fahrlässigkeit nicht, so muß der Hinterleger ebenfalls einstehen für den entstandenen Schaden.[39]) Den Rechtsgrund für die Anzeigepflichten nach Vertragsabschluß hat man in dem abgeschlossenen Vertrage zu sehen. Ein Verschulden beim Vertragsabschluß kommt für diese Fälle nicht mehr in Frage.

---

[35]) Mot. II S. 582.

[36]) v. Thur D. J. Z. 1901 Sp. 572; Allg. Teil II, 1 S. 490, Leonhard V. V. S. 48 und Allg. Sch. S. 545, Oertmann L. Z. 14 Sp. 521, J. W. 1919 S. 35 und Kom. § 694 I; RGKom. § 694, A I, Stoll, L. Z. 1923 S. 537.

[37]) Kom. I 1923 § 694 Z. I, so auch Planck frühere Aufl. II zu § 694, 3.

Von hier aus könnte man nun den Versuch unternehmen, überhaupt die ganze Haftung für gefahrdrohende Beschaffenheit der Hinterlegungssache auf den Verwahrungsvertrag selbst zu stützen und somit eine vorvertragliche Haftung entbehrlich erscheinen zu lassen. Z. B. jemand gibt einen Hund in Verwahrung, von dem er weiß, daß er bissig ist, ohne dieses dem Verwahrer mitzuteilen. Beißt der Hund am vierten Tage nach Vertragsschluß den Verwahrer, so kann man zweifellos sagen, daß der Hinterleger seiner Anzeigepflicht nicht nur beim Abschluß des Verwahrungsvertrages, sondern auch während Bestehens des Vertrages verletzt hat. Man kann also in diesem Falle die Haftung auch auf den Verwahrungsvertrag selbst stützen, denn derjenige, der den Hund in Verwahrung gab, hätte den ihm bekannten Mangel in den dem Vertragsschluß folgenden Tagen anzeigen können und müssen. Es wäre also eine Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß für einen solchen Fall entbehrlich. Aber notwendig bleibt die Begründung aus dem vorvertraglichen Verhalten doch immer, wenn der Schaden sofort nach Vertragsschluß entstand, wenn also seit dem Abschluß des Vertrages der Vertragsgegner die Anzeige nicht mehr machen konnte. Vor allem aber bleiben für das Gebiet der culpa in contractu die viel zahlreicherenFälle der Verletzungen der Erkundigungspflicht, da diese nach den getroffenen Feststellungen nur vor, aber nicht mehr nach Abschluß des Vertrages besteht. Die neuere Rechtslehre, die eine Ausdehnung des § 694 BGB. bezüglich der Anzeigepflichten auf die Zeit nach Vertragsschluß vornimmt, ändert somit nichts an der Richtigkeit der Auffassung, daß die Hauptzahl der im § 694 behandelten Fälle nur auf Grund der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß zur Ersatzpflicht führt.[40]) § 694 BGB. wird deshalb mit Recht als deutlicher Beweis für die Geltung des Rechtsgedankens der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß im BGB. angesehen.

Ein überaus wichtiger Anwendungsfall für das genannte Prinzip ist auch im § 463 BGB. zu erblicken. Für Arglist beim Abschluß des Kaufvertrages muß der Verkäufer nach dieser Bestimmung in Höhe des Erfüllungsinteresses einstehen. Es ist versucht worden, diese Haftung für Arglist als einen Anwendungsfall der Ersatzpflicht bei unerlaubten Handlungen anzusprechen.[41]) Man hat also geleugnet, daß der Anspruch aus § 463 BGB. überhaupt ein vertraglicher sei. Aber einmal kann

---

[38]) Leonhard, V. V. S. 30.

[39]) So auch Enneccerus § 390 II Anm. 7, a. A. Planck, Kom. § 694 Erl. 3, alte Auflage (richtig Planck-Siber, Vorbem. vor vor § 275 ff. I 4a, A, aa.

[40]) So Planck, Vorbem. § 275 I 4a, d.

[41]) EGE. 61 S. 213, dieser Entscheidung stimmen zu Schneider, Iherings Jahrb. 53, S. 24 ff., Oertmann, Kom. zu § 463, 3, Staudinger, Kom. I zu § 463 und Heinzheimer, Gruchot Beitr. 40 S. 136.

man daraus, daß diese Vorschrift mitten im Kaufrecht und nicht im Recht der unerlaubten Handlungen steht, den Schluß ziehen, daß es sich um einen vertraglichen Anspruch handelt. Dafür spricht aber auch, daß die römischen Quellen und alle späteren Rechte hier einen Vertragsanspruch geben.[42]) Neben diesen aus der Systematik und der Geschichte hergeleiteten Gründen, lassen praktische Erwägungen die Unrichtigkeit einer solchen Ansicht erkennen. Die Anwendung des § 278 BGB. ist nur bei vertraglichen Ansprüchen möglich. In den Fällen des § 463 BGB. ist sie dringend geboten. Es handelt sich nämlich um die Frage, ob der Verkäufer für ein betrügerisches Verhalten seines Gehilfen bei Vertragsverhandlungen einzustehen hat. Das Reichsgericht mußte in RGE. 61 S. 213 diese Frage verneinen, weil es die Auffassung vertrat, der Anspruch aus § 463 BGB. sei kein solcher aus Vertrag, es könne die nur für Verträge geltende Bestimmung des § 278 somit nicht angewendet werden. Auf die Dauer hat sich das Reichsgericht jedoch den schweren Bedenken gegen seine Ansicht nicht verschließen können[43]) und jetzt steht es auf dem Standpunkt, daß der § 463 BGB. einen Vertragsanspruch behandelt[44]) und daß somit § 278 BGB. darauf anwendbar ist.[45]) Praktisch bedeutet dieses die Anerkennung der Haftung des Geschäftsherrn für betrügerisches Verhalten seiner Gehilfen beim Geschäftsabschluß.

Wenn somit § 463 BGB. einen vertraglichen Anspruch regelt, so kann man dieser Bestimmung ohne weiteres entnehmen, daß der Anspruch ein solcher wegen Verschuldens beim Vertragsabschluß ist, denn das ersatzbegründende Moment ist das arglistige Verschweigen eines Fehlers beim Abschluß eines Kaufvertrages. Aber vielfach wird aus dieser Bestimmung nicht ein Argument für das Vorhandensein des Prinzip der Haftung für Fahrlässigkeit in Vertragsverhandlungen in unserem Recht hergeleitet, sondern gerade daraus auf dessen Ablehnung geschlossen.[46]) Die Einzelregelung im § 463 BGB. rechtfertige die Folgerung, daß nur in dem vom Gesetz besonders hervorgehobenen Fall der Arglist für Verschulden beim Vertragsschluß gehaftet werden solle, daß also eine Haftung bei den schwächeren Schuldarten: Vorsatz und vor allem Fahrlässigkeit nicht vom Gesetz beabsichtigt sei. Es sei nicht zu verstehen, weshalb der Gesetzgeber die Haftung nur für Arglist anordne, wenn er eine solche auch bei den anderen Arten des Verschuldens, nämlich bei Vorsatz und Fahrlässigkeit wolle.

Solche Gedankengänge übersehen, daß der § 463 BGB. lediglich eine Vervollständigung des beim Kauf eingehend geregelten

[42]) Allgem. Leonhard S. 546.
[43]) Leonhard, V. V. S. 46ff. u. Allgem. Sch. S. 546; v. Thur II, S. 490, Staub, A. 62; Kohler II. S. 432.
[44]) RGE. 66, S. 87, 95 S. 60; J. W. 07 358ff.; Seuff. Arch. 63, 136; sächs. Arch. 07, 326; RGR. Kom. 5 zu § 463.
[45]) RGE. 67, S. 146, 78 S. 58, 83 S. 242; J. W. 1913, S. 197.
[46]) Vergl. Enneccerus I, 2, § 266, 3 und Negendanck S. 12.

Währschaftsrechts darstellt,[47]) mit dem Zwecke zu verhindern, daß sich Zweifel darüber ergeben, ob Wandlung und Minderung die einzigen Rechtsbehelfe des Käufers sind oder ob in gewissen Fällen, und in welchen, auf Sätze des allgemeinen Vertragsrechts zurückgegriffen werden soll. Daß der Gesetzgeber an dieser Stelle nicht, wie behauptet wird, die Schadensersatzansprüche des Käufers erschöpfend regeln wollte, sondern nur einen Einzelfall daraus, ist unverkennbar.[48]) Aus § 463 BGB. kann nämlich nur der Ersatz des Erfüllungsinteresses verlangt werden. Wenn nun jemand durch die Arglist des Verkäufers einen mangelhaften Gegenstand erwirbt, so kann er den ihm durch die Nichterfüllung der ursprünglichen Leistungspflicht entstandenen Schaden auf Grund des § 463 BGB. ersetzt verlangen. Er kann also den Schaden verlangen, den er durch das Ausbleiben der fehlerfreien Ware erlitten hat. Auf Grund des § 463 BGB. erhält er jedoch nicht den Schaden ersetzt, der ihm durch die mangelhafte Ware weiter entstanden ist.[49]) Der Bauer, dem der Viehhändler arglistig eine kranke Kuh verkauft hat, kann auf Grund des § 463 BGB. verlangen, in die Vermögenslage gesetzt zu werden, in die er durch den Erwerb einer gesunden Kuh gekommen wäre. Hat jedoch das kranke Tier andere von seinen Tieren angesteckt, dann kann er für diesen Schaden nicht auf Grund des § 463 BGB., sondern nur aus den Grundsätzen über die Haftung für Begleitschäden (positive Vertragsverletzung), Ersatz beanspruchen. Eine vollständige Regelung der aus dem Recht des Kaufes für den Käufer entstehenden Schadensersatzansprüche enthält demnach § 463 BGB. nicht. Auch derjenige, der eine Sache verkauft und sie dann vor der Erfüllung schuldhaft zerstört, kann aus § 463 BGB. nicht auf Ersatz belangt werden.[50]) Die Ersatzpflicht beruht in diesem Falle vielmehr auf § 325 BGB. Aus der Existenz des § 463 kann somit nicht der Schluß gezogen werden, eine Haftung für Verschulden während der Vertragsverhandlungen sollen nur im Falle der Arglist eintreten[51]), denn wir sehen, daß es nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein kann, den Käufer auf den Schadensersatzanspruch aus § 463 BGB. zu beschränken. Es bleibt also diese Bestimmung ein bedeutsames Argument für den allgemeinen Rechtsgedanken der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß.

---

[47]) Leonhard, V. V. S. 54; v. Blume, Iherings Jahrb. 55, S. 221 RGR. Kom. § 463, 1 und RGE. 67, S. 148, Gruchot 59, Seite 360.

[48]) Leonhard, Allg. Sch. S. 552.

[49]) Leonhard, Allg. Sch. S. 500 u. V. V. S. 53.

[50]) Leonhard, a. a. O. S. 552.

[51]) Eine andere Frage ist die von Oertmann L. Z. 1914 S. 521 aufgeworfene, ob aus dem § 463 BGB. geschlossen werden kann, daß bei der Haftung für Fahrlässigkeit nur das Vertrauensinteresse zu ersetzen ist und nicht das Erfüllungsinteresse. Darüber siehe S. 41.

Die Regelung der Haftung des Schenkers und Verleihers im BGB. läßt ebenfalls erkennen, daß dem Gesetzgeber dabei der Gedanke einer Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß vorgeschwebt haben muß. Gemäß den §§ 523, I, 524 I, 600 BGB. haftet der Schenker und Verleiher nur für Arglist. Genau wie der § 463 BGB. eine Sondervorschrift für die besonderen Zwecke des Kaufes ist, so sind auch die genannten Bestimmungen Sonderregelungen für das Gebiet der unentgeltlichen Verträge. Würde das Gesetz die Haftung des Schenkers nicht auf den Fall der Arglist beschränkt haben, so würden die allgemeinen Haftungsbestimmungen auch hier Anwendung finden. Da es sich um Gefälligkeitsgeschäfte handelt, würde die Haftung für jedes Verschulden den Schenker leicht Schadensersatzansprüchen aus Geschäften aussetzen, aus denen er keinerlei Vorteile zieht. Die §§ 532 I, 524 I, 600 BGB. enthalten deshalb eine notwendige Milderung der Haftung[52]), nicht dagegen ist erst die Anordnung der Haftung des Schenkers zu sehen.

Der Schenker einer erst anzuschaffenden Sache ist nach § 532 II BGB. verpflichtet, sich nach Rechtsmängeln zu erkundigen. Das geht daraus hervor, daß er dem Beschenkten auch dann für solche Mängel haftet, wenn sie ihm infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sind. Ist die durch den Schenker zu erwerbende Sache nur der Gattung nach bestimmt, so ist er gemäß § 524 II BGB. auch zur Erkundigung nach Sachmängeln verpflichtet. Man kann mit (Planck)-Siber[53]) durch ein argumentum a maiore ad minus daraus entnehmen, daß bei entgeltlichen Verträgen solche Erkundigungspflichten dem Schuldner ebenfalls obliegen, und daß der Schuldner, wenn er den anzuzeigenden Mangel infolge eines nach dem im konkreten Falle geltenden Haftungsmaßstabe zu vertretenden Verschuldens nicht gekannt hat, für sein Verschulden beim Vertragsschluß einstehen muß. Wollte man eine solche Ausdehnung der Haftung nicht mitmachen, dann wären damit Schenker und Verleiher verschärfenden Sonderbestimmungen unterworfen, eine Folgerung, die niemand als sinnvoll und irgendwie befriedigend verteidigen kann, zumal auch jedem anderen Gesetze unzweideutig das Bestreben innewohnt, die Haftung des Schenkens gegenüber den Regelfällen zu mildern.[54])

Aus den Vorschriften des Bürgerl. Gesetzbuches läßt sich weiter der § 678 hier noch anführen. Nach dieser Bestimmung haftet der Geschäftsführer für schuldhafte Einmischung in fremde Geschäfte. Allerdings ist das kein Verschulden beim Abschluß eines Rechtsgeschäftes, sondern vielmehr handelt es sich nur um eine Rechtshandlung, deren Folgen sich allein aus dem Gesetz bestimmt. Aber man kann daraus, daß bei der Rechts-

[52]) L. Z. 1914, Sp. 521; Planck-Siber, Vorbem. vor § 275ff. I, 4a; v. Thur, Arch. f. ziv. Prax. 121, S. 359, Allg. Teil II S. 499; Mot. II, S. 297 u. Leonhard, Allg. Sch. S. 546.
[53]) Vorbem. vor § 275ff. I, 4a.
[54]) Oertmann, L. Z. 1914, Spalte 521.

handlung eine solche Haftung eintritt, folgern, daß bei Rechtsgeschäften in entsprechenden Fällen erst recht gehaftet werden muß.[55]) Ein gleiches argumentum a maiore ad minus kann man auch dem § 538 BGB. entnehmen. Der Mieter kann nach dieser Bestimmung, ohne daß ein Verschulden vorzuliegen braucht, Schadensersatz für einen Mangel der Mietssache verlangen, wenn dieser bereits zur Zeit des Vertragsschlusses vorhanden war. Da nach § 539 BGB. diese Haftung dann ausgeschlossen ist, wenn der Mieter den Mangel gekannt hat, so muß man der der gesetzlichen Regelung entnehmen, daß der Vermieter Anzeigepflichten im Augenblick des Vertragsschlusses hat.[56]) Ein gleicher Fall ist im § 463 Satz 1 BGB. für das Gebiet des Kaufrechts. Tritt hier in Rücksicht auf die Besonderheiten des Miets- bezw. Kaufrechts die Haftung bereits ohne Verschulden ein, so legt das den Gedanken nahe, daß in anderen Fällen wo ein Verschulden der Partei hinzukommt, für daraus entstandene Mängel mindestens ebenfalls gehaftet wird.[57])

Schließlich können aus dem BGB. hier noch die wichtigen §§ 122, 307 BGB. herangezogen werden. Es sei hier nicht auf die Frage eingegangen, wieweit diese Bestimmungen der Analogie fähig sind. Es sei lediglich festgestellt, daß die Tatsache, daß der Gesetzgeber auch in Fällen, in denen der Vertrag nicht gültig ist, eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß anordnet, den Schluß zuläßt, daß eine solche umsomehr am Platze ist, wenn ein gültiger Vertrag zustande gekommen ist.[58])

Auch außerhalb des BGB. finden sich in unserem Recht klare Beweise für die Geltung des Prinzips der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß. So ordnet § 17 des Versicherungsvertragsgesetzes die Haftung des Versicherungsnehmers für schuldhaft unrichtige Anzeigen an und im § 45 des Börsengesetzes beruht auf dem Gedanken der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß die gesamte Prospekthaftung.[59]) Das Handelsgesetzbuch enthält in den §§ 426, 427 Anwendungsfälle. Danach haftet der Absender dem Frachtführer für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in den Frachtbrief aufgenommenen Angaben, sowie für alle Folgen, die daraus entstehen, daß die Begleitpapiere unvollständig oder unrichtig sind. Nach § 57 der Eisenbahnverkehrsordnung und § 45 des Binnenschiffahrtsgesetzes haftet der Absender, welcher über verladene Güter unrichtige Angaben macht, für den durch diese Handlungsweise entstandenen Schaden.

---

[55]) Leonhard, Allg. Sch. S. 545 und V. V. S. 2.
[56]) Oertmann, L. Z. 1914, Sp. 520; Mot. z. BGB. II S. 376; Leonhard V. V. S. 16; RGR. Kom. § 538, A I.
[57]) Negendanck, S. 16.
[58]) Leonhard, Allg. Sch. S. 545; Oertmann a. a. O.
[59]) Vergl. Leonhard, allg. Sch. S. 545.

V.

Die zahlreichen Fälle, in denen unser Recht eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß kennt, legen den Gedanken nahe, daß es sich dabei um ein und dasselbe Prinzip handelt. Das Recht enthält nicht eine Masse nebeneinander gestellter Rechtssätze, sondern ist ein organisches Gefüge innerlich zusammenhängender Bestimmungen.[60]) Die ihnen zugrunde liegenden Normen tragen den Keim weiteren Ausbaues in sich. Eine Ausdehnung der aus vielen Einzelbestimmungen erkannten allgemeinen Prinzipien auf vom Gesetze nicht geregelte Fälle ist daher zulässig.[61]) Die dahingehende ausdrückliche Bestimmung im ersten Entwurf zum Bürgerl. Gesetzbuch wurde gestrichen, weil das selbstverständlich sei. Da das Leben auf jede auftauchende Rechtsfrage eine Antwort verlangt, der Gesetzgeber aber alle Einzelfälle nicht vorhersehen kann, ist eine solche Rechtsanalogie unumgänglich notwendig. Derjenige, der das Gesetz anwendet, „ist berufen, die in den Gesetzesnormen niedergelegten Rechtsgedanken nach dem Bedürfnis des praktischen Lebens auf Grund vertiefter Einsicht weiter zu bilden und auf diesem Wege das Recht stetig zu vervollkommnen."[62])

Das Vorhandensein eines Prinzips der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß in unserem Recht ist im vorigen erwiesen. Ob dieses aber nur in den vom Gesetz ausgeprägten Einzelfällen oder aber generell zur Anwendung kommen soll, ist eine Frage des praktischen Bedürfnisses. Wenn im Rechtsleben viele gleich geartete Fälle nur mit Hilfe der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß zu einer der Gerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit entsprechenden Lösung führen können, dann hat der Richter die Macht, auf diesen im Gesetz verankerten Rechtsgedanken zurückzugreifen und ihn unmittelbar zur Anwendung zu bringen. Daß es solche Fälle gibt, die eine Anwendung des Grundsatzes von der Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen praktisch notwendig machen, soll im folgenden aufgezeigt werden.

Bereits in dem vorangegangenen geschichtlichen Teil hatte die Möglichkeit Erwähnung gefunden, daß das Verschweigen von Mängeln der Kaufsache nicht immer arglistig sein braucht, und somit unter § 463 BGB. fällt, sondern daß es auch auf bloßer Fahrlässigkeit beruhen kann. Der Verkäufer kann z. B. vergessen, die Mängel anzuzeigen, oder die Mitteilung erfolgt durch einen unzuverlässigen Boten oder der Verkäufer nimmt zu Unrecht an, daß der Käufer den Mangel bereits kenne bezw. ihn nicht für wesentlich halte, z. B. die Tatsache, daß es sich bei der verkauften Maschine um ein völlig unerprobtes System handelt.[63]) Vor allem aber muß man berücksichtigen, daß in vielen Fällen Arglist nicht nachzuweisen sein wird. Aus dem Verschweigen

[60]) Mot. I S. 16.
[61]) a. a. O.
[62]) Regelsberger in Iherings Jahrb. Bd. 58 S. 148.
[63]) RG. Recht 1928, Nr. 1036 u. Leonhard V. V. S. 11.

allein folgt noch nicht, daß es arglistig geschah und mehr als das Verschweigen selbst kann der andere Vertragsteil dem Verkäufer in der Regel nicht nachweisen.[64]) Meistens beruft sich der Verkäufer geradezu darauf, fahrlässig, aber nicht arglistig gehandelt zu haben. In all diesen Fällen kann die im § 463 BGB. für den Fall der Arglist gegebene Regelung nicht angewendet werden, und man empfindet dann das Bedürfnis, auch für dieses Verschulden den Verkäufer haftbar zu machen. Aber die einzelnen gesetzlichen Bestimmungen bieten dazu keine Handhabe.

Leonhard, der in seiner Schrift „Verschulden beim Vertragsschluß" gerade den Nachweis des Bedürfnisses zum Ausgangspunkt genommen hatte[65]), weist auf folgenden Fall hin: Jemand verschweigt fahrlässig beim Verkauf eines Hauses, daß dieses Haus im Verdacht steht, Schwamm zu haben.[66]) Ob dieser Verdacht zu Recht bestand, hatte er nicht nachgeprüft und auch nicht nachprüfen können. Jedenfalls mußte er dem Käufer von diesem Verdacht Mitteilung machen, und für das fahrlässige Verschweigen muß er haften. Die Notwendigkeit einer Haftung für den genannten Fall ist bereits früher zugegeben worden.[67]) Da aber ein allgemeines Prinzip der Haftung für fahrlässiges Verhalten während der Vertragsverhandlungen noch nicht anerkannt war, griff man dazu, schon den Verdacht selbst als einen Mangel zu bezeichnen.[68]) Dann aber wäre in einem solchen Sinne auch ein Haus, das völlig schwammfrei ist und sich als solches herausstellt, mit einem Mangel behaftet, weil es Menschen gibt, die annehmen, das Haus habe Schwamm. Der Käufer eines solchen Hauses könnte danach gestützt auf den Verdacht der Oeffentlichkeit wandeln oder mindern. Diese unvermeidbare Konsequenz hat das Reichsgericht jedoch selbst nicht gezogen, und es hat deshalb in solchen Fällen, wo diese Rechtsfolgen in Frage standen, den Verdacht als nicht ausreichend bezeichnet.[69])

Ein anderer wichtiger Fall, der nur auf dem Wege der Haftung für fahrlässiges Verhalten beim Vertragsschluß sachgemäß entschieden werden kann, ist der des Verkaufs einer mangelhaften Sache, durch die dann nachher beim Erwerber Schäden eintreten, z. B. das erworbene Vieh steckt im Stalle des Käufers gesundes Vieh an oder durch schlechtes Saatkorn wird die ganze Ernte verdorben.[70]) Ein Verschulden beim Abschluß des Vertrages, und nicht bei der Erfüllung, liegt ebenfalls dann vor,

---

[64]) Leonhard a. a. O. S. 23.
[65]) Vergl. das zahlreiche Material S. 12 bis 23.
[66]) Leonhard, V. V. S. 11 und Allg. Sch. S. 547.
[67]) RGJW. 04 S. 359, 05 S. 79, 06 S. 548; Seuff. Arch. 58 Nr. 167, 59 Nr. 75 und 199.
[68]) S. vorige Anmerkung.
[69]) RGJW. 05 S. 79, 06 S. 548 und Leonhard, V. V. S. 12, Allg. Sch. a. a. O.
[70]) Leonhard, V. V. S. 24 und Allg. Sch. S. 546.

wenn jemand in einem Dienstvertrag leichtfertig Dienste verspricht, die er z. B. wegen einer Krankheit nicht zu leisten vermag. In dem Nichterfüllen der übernommenen Verpflichtungen liegt kein Verschulden, weil ihm das nicht zum Vorwurf gemacht werden kann, was außerhalb seines Könnens liegt. Aber auch in einem solchen Fall muß dem anderen Vertragsteil ein entstandener Schaden ersetzt werden. Die Haftung läßt sich nur damit begründen, daß der Arbeitnehmer beim Abschluß des Vertrages fahrlässig die Interessen verletzt hat.[71]) Ebenso ist es, wenn jemand über eine von ihm verkaufte Sache deshalb falsche Auskünfte gibt, weil er die für solche Geschäfte erforderliche Vorbildung nicht besitzt.[72]) Sodann bieten alle die Fälle, in denen der eine Vertragsteil fahrlässig seiner Untersuchungs- und Anzeigepflicht vor und beim Vertragsschluß nicht genügend nachkommt, ohne den Gesichtspunkt der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß unüberwindbare Schwierigkeiten.[73]) Häufig gibt auch das Verhalten des Bankiers Anlaß zur Anwendung des allgemeinen Grundsatzes der Haftung für culpa in contractu. So haftet der Bankier für schuldhaft erteilte unrichtige Auskünfte, wenn infolgedessen der Kunde mit dem Bankier ein unvorteilhaftes Geschäft abschloß. Auf eine Nichterfüllung des späteren Vertrages läßt sich in solchen Fällen die Haftung nicht stützen, weil der Fehler nicht bei der Erfüllung begangen ist — dieser entsprach der Bestellung — sondern beim Abschluß des Vertrages.[74])

Es hat nicht an Versuchen gefehlt, die erwähnten Fälle auf einem der im Gesetz ausdrücklich vorgeschriebenen Wege zu lösen. Die Notwendigkeit einer allgemeinen Haftung für fahrlässiges Verhalten beim Vertragsschluß würde entfallen, wenn uns das Gesetz andere Rechtsbehelfe an die Hand gegeben hätte, die in den genannten Fällen zu einer gerechten und billigen Lösung führen.

Bei diesen Versuchen hat man insbesondere wiederholt auf den bereits erwähnten Unterschied zwischen Erfüllungsschuld und Schuld beim Vertragsschluß nicht geachtet.[75]) Bei Gattungsschulden kommen wir damit aus, ein Verschulden bei der Erfüllung anzunehmen.[76]) Gemäß § 480 BGB. kann die Lieferung einer schlechten Ware bei gattungsmäßiger Bestellung als Nichterfüllung angesehen werden. Es ist dann eben nicht eine solche Ware geliefert, wie bestellt war. (§ 243 BGB.) Aber das Verschulden kann auch in Fällen von Gattungsverbindlichkeiten

---

[71]) Leonhard, Allg. Sch. S. 547.
[72]) Leonhard, a. a. O.
[73]) Leonhard, Allg. Sch. S. 548; Oertmann, L. Z. 1914, Sp. 513 und 514; RGE. 93 S. 163 ff.
[74]) RGE. 116, S. 18; Leonhard, Allg. Sch. S. 548 u. V. V. S. 20.
[75]) Leonhard, V. V. S. 27 ff.; v. Thur II 1, S. 490; Brecht, Iherings Jahrb. 53 S. 227.
[76]) Mot. II S. 242; RGE. 52 S. 18; Oertmann, Kom. Anm. 2 zu § 433 u. a.

notwendig ein solches beim Vertragsschluß sein. Wenn nämlich die gelieferte Ware mangelfrei ist, jedoch beim Vertragsabschluß fahrlässig eine Eigenschaft der Ware nicht erwähnt oder zu Unrecht erwähnt (nicht zugesichert!) wurde, so liegt in der Erfüllung kein Verschulden, wohl aber besteht ein solches beim Vertragsschluß.[77]) Ebenso wäre es, wenn der Verkäufer eine bestimmte Art der Verwendung oder des Gebrauches dem Käufer empfiehlt und wenn sich dies dann als völlig zweckwidrig herausstellt. Ein Verschulden bei der Erfüllung kann deshalb in einzelnen Fällen ausscheiden, weil sie durch den Erben des Vertragsschließenden geschieht, oder weil sich keine Gelegenheit zur Aufklärung bei der Erfüllung bot.[78]) Vor allem aber versagt der Gesichtspunkt des Verschuldens bei der Erfüllung dann, wenn es sich um die Lieferung einer Stückschuld handelt. Eine solche ist bereits beim Vertragsschluß individuell d. h. auch mit all ihren Mängeln bestimmt. Die Verpflichtung des Verkäufers geht also dahin, die Auserwählte mangelhafte Ware zu liefern. Was bei Gattungsschulden in der Regel bei der Erfüllung ist, ist bei Stückschulden Schuld beim Vertragsabschluß. Man darf die Lieferung einer als Stückschuld gekauften Sache, die mit Mängeln behaftet ist, nicht deshalb als Nichterfüllung ansehen, weil aus einer solchen Lieferung u. U. Währleistungsansprüche sich herleiten. Die Mängelansprüche beim Kauf haben ihren Grund eben nicht in der Nichterfüllung der Verbindlichkeit.[79])

Es besteht heute wohl keine Meinungsverschiedenheit mehr darüber, daß man eine allgemeine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß nicht deshalb ablehnen kann, weil man mit den Vorschriften über die unerlaubte Handlung auskommen könnte.[80]) Im § 823 BGB. werden nur die dort aufgezählten vier Lebensgüter und die subjektiven Rechte geschützt. Der Schutz betrifft also wohl das Eigentum, nicht aber das Vermögen. Schutzlos bleibt somit derjenige, der durch die Lieferung eines unbrauchbaren Gerätes an der rechtzeitigen Aussaat verhindert wurde[81]), oder wer infolge der Mängel eines verkauften Autos Uebernachtungskosten hatte und mit der Eisenbahn oder mit einem anderen Transportmittel die Fahrt fortsetzen mußte.[82]) Derjenige, der durch Schuld des Verkäufers schlechtes Saatkorn erworben und ausgesät hat, muß Ersatz für nutzlos vertane Arbeit und für den Ausfall der zur Aussaat benötigten Bodenfläche bei der Ernte erhalten. Der Dienstherr, der unbrauchbare Kräfte durch deren Verschulden eingestellt hat, hat u. U. teuere Kräfte annehmen müssen. In all diesen Fällen ist ein Recht im Sinne des § 823 BGB. nicht verletzt, son-

[77]) Leonhard, Allg. Sch. S. 548.
[78]) Leonhard, a. a. O.
[79]) Leonhard, V. V. S. 25, Beweislast S. 342; Ennecerus, § 335 I Anm. 2.
[80]) So allerdings noch Warneyer, Kom. I § 305 I.
[81]) Leonhard, Schuldrecht S. 550.
[82]) Leonhard, a. a. O.

dern der Schaden ist am Vermögen entstanden.[83]) Wenn jemand einem Bauunternehmer die Ausführung eines Bauvorhabens überträgt, und ihm bei dieser Gelegenheit über die Härte und Lagerung des Gesteins fahrlässig falsche Angaben macht, und wenn dem Bauunternehmer dadurch ein Schaden an seiner Bohrmaschine entsteht, so würde der Unternehmer, könnte er sich nur auf § 823 BGB. stützen, wohl den Schaden ersetzt erhalten, der ihm an der Maschine entstanden ist. Jedoch könnte er Ersatz für den Schaden nicht verlangen, den er dadurch erleidet, daß er für die Dauer der Reparatur an der Maschine einen Teil seiner Arbeitskräfte nicht beschäftigen kann. Dies mit der wirtschaftlichen Vernunft in direktem Widerspruch stehende Ergebnis beweist ebenfalls die Unmöglichkeit, die Fälle des Verschuldens beim Vertragsschluß allein mit den Vorschriften über unerlaubte Handlungen zu erledigen.[84]) Erwähnt sei noch, daß bei Anwendung des § 823 BGB. die Haftung für Verschulden der Vertreter nur unter den erschwerenden Umständen des § 831 BGB. gegeben ist; dies aber widerspricht den Interessen des Verkehrs, die dahin gehen, daß Vertragsparteien für ihre Gehilfen genau so haften, wie für sich selbst.

Einen anderen Weg aus der aufgezeigten Rechtsnot hat man darin zu finden geglaubt, daß man die Schadensfälle auf eine Verletzung der Anzeigepflicht bei der Erfüllung zurückführte.[85]) Aber der Schaden kann auch ohne Unterlassung entstehen durch positiv unrichtige Angaben; z. B. jemand verkauft einem anderen ein Geschäft, und macht dabei aus Nachlässigkeit falsche Angaben über das Gründungsjahr. Wenn nun der Erwerber seiner Reklame diese Angaben zugrunde legt und dann von der Konkurrenz mit Erfolg verklagt wird, so ist ein Schaden entstanden, ohne daß eine Unterlassung des Verkäufers vorgelegen hätte. Vor allem aber verkennt die hier in Rede stehende Ansicht völlig die eigentliche Bedeutung der beiden Akte Vertragsabschluß und Erfüllung. Der richtige Zeitpunkt zur Abgabe von Erklärungen ist der Moment des Vertragsabschlusses, nicht aber der der Erfüllung. Einmal können in diesem Zeitpunkt Erklärungen schon zu spät kommen. So ist es, wenn ein Künstler sich für eine Auslandsreise verpflichten läßt und erst unterwegs mitteilt, daß er an epileptischen Anfällen leidet.[86]) Weiter kann das Unterlassen einer Anzeige bei der Ablieferung deshalb schuldlos geschehen, weil der Erbe die vom Erblasser übernommene Verpflichtung ausführt, oder weil sie nicht an den Vertragsgegner, sondern an einen Dritten geschieht und der Vertragsgegner garnicht zu erreichen ist. Man kann dem

[83]) Vergl. Leonhard V. V. S. 32ff. und Schuldrecht S. 550; außerdem RGE. 62 S. 317, 78 S. 241 und Krückmann, Iherings Jahrb. 59 S. 327.
[84]) Oertmann, L. Z. 1914, Sp. 517.
[85]) Krückmann, Arch. f. ziv. Praxis 101, S. 204ff. (Vergl. auch Iherings Jahrb. 59, S. 326 und Planck I, 5 §§ 275 ff.
[86]) Beispiel aus Leonhard, Schuldrecht, S. 549.

Käufer einer Sache nicht zumuten, daß er, nachdem er beim Abschluß des Kaufvertrages mit dem Verkäufer zusammengekommen war, sich auch bei der Erfüllung noch zum Empfang von Erklärungen bereithält. Diese Ansicht wird auch dadurch nicht billigenswerter, daß man die Anzeigepflicht bereits sofort nach dem Abschluß des Vertrages eintreten läßt.[87]) Auch hier ist der Gegner noch gefährdet. Wenn er sofort nach Vertragsabschluß durch den Fernsprecher ein anderes Angebot ausschlägt oder seinerseits eine bindende Offerte macht, so kommt auch diese Aufklärung bereits zu spät.[88])

Andere[89]) haben eine Verpflichtung zum Schadensersatz auf eine dahingehende stillschweigend abgegebene Zusage gestützt. Insbesondere soll nach dieser Ansicht eine stillschweigende Zusage dann anzunehmen sein, wenn der Mangel sehr erheblich ist. Wenn aber das allein genügen soll, dann besteht diese Ansicht aus einer Fiktion und bedeutet ein schwerwiegendes Abweichen vom im Gesetz geltenden Schuldprinzip. Die Ansicht würde auch notgedrungen zu einer unbilligen Belastung des Verkäufers mit einer Zufallshaftung führen. Es ist deshalb diese Meinung der Ablehnung sowohl in der Literatur wie in der Rechtsprechung verfallen.[90]) Schränkt man aber die Haftung ein auf die Fälle, in denen der Verkäufer den Mangel hätte erkennen und angeben müssen, so ist das in Wirklichkeit eine Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß, die dann aber zu Unrecht den Namen einer Haftung für stillschweigende Zusage trägt und richtiger als ein Fall der Haftung für fahrlässiges Verhalten während der Verhandlungen zu bezeichnen ist.

Bei der Frage nach dem Bedürfnis für eine allgemeine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß kommt vor allem dem Versuch eine große Bedeutung zu, der in dem Beginn der Vertragsverhandlungen stets den Abschluß eines besonderen namenlosen Vertrages, gerichtet auf die Begründung von Sorgfaltspflichten für die Zeit der Verhandlungen, erblickt. Es soll das nicht ein Vorvertrag in dem Sinne sein, daß der spätere eigentliche Vertrag schon in ihm bestimmt oder vorbereitet wäre, sondern dieser Vertrag soll nur einen Schutzzweck für die Zeit der Vertragsverhandlungen haben. (Planck)-Siber[91]), der vor allem diesen Standpunkt einnimmt, stützt sich auf das römische Recht, das einen Vertragswilligen, dem eine Sache zur Besichtigung übergeben wird, für deren Verletzung haftbar macht. (D 13, 6, 10, 1.) Für die erwähnte Pandektenstelle ließe sich eine solche Begründung rechtfertigen. Man braucht jedoch nicht einmal das Institut eines namenlosen Vertrages, denn es besteht kein Grund,

---

[87]) Klein, Anzeigepflicht S. 116, Planck a. a. O. und Krückmann a. a. O. S. 205 ff.
[88]) Leonhard, a. a. O.
[89]) Kipp, D. J. Z. 8 S. 255; Schneider, Recht 03, S. 522.
[90]) Leonhard, Haftung S. 33, V. V. S. 35ff. und Schuldrecht S. 550; Krückmann, Arch. f. ziv. Prax. 101, S. 197 Anm. 129.
[91]) Vorbem. zu §§ 275ff. 4.

den Vertrag anders als einen Verwahrungsvertrag zu bezeichnen. Für die große Mehrzahl aller Fälle bedeutet die Ansicht Sibers, daß mit dem Eintritt in die Vertragsverhandlungen jedesmal ein besonderer Vertrag über die während der Verhandlungen anzuwendende Sorgfalt beschlossen wäre, eine bloße Fiktion.[92]) Um ein vertragliches Schuldverhältnis konstruieren zu können, muß man bei den Parteien einen rechtsgeschäftlichen Willen aufzeigen können, denn zu einem Vertragsschluß sind mehrere rechtsgeschäftliche Willenserklärungen notwendig. Es müßte also bereits am Anfang der Vertragsverhandlungen bei den Parteien der Wille, ein auf eine Rechtsfolge gerichtetes Wollen kundzutun oder zu erklären, vorhanden sein.[93]) Zwar ist es richtig, daß nicht alle Vertragsfolgen bedacht zu sein brauchen, denn das Gesetz kann neben die als gewollt bezeichneten auch andere Folgen an ein Rechtsgeschäft knüpfen (z. B. die Mängelhaftung beim Kauf).[94]) Unrichtig aber ist es, wenn Siber, um dem Vorwurf der Fiktion zu entgehen, sagt, man müsse nicht nur fragen, was die Parteien wollten und demnach erklärten, sondern was sie gewollt haben würden bei vorheriger Erwägung eines in Wirklichkeit nicht beachteten Falles. Die Grenze sei dabei, daß dem nur soweit stattgegeben werden könne, als die andere Partei sich damals darauf eingelassen haben würde. Eine solche Auffassung liefe aber darauf hinaus, daß der Richter danach zu suchen hätte, was die Parteien eigentlich hätten wollen müssen.[95]) Dann fällte nicht die Partei, sondern der Richter die Entscheidung, ob ein Geschäft der Partei nützlich oder schädlich ist! Das kann nicht richtig sein. Auch das Reichsgericht in RGE. 68 S. 324 ff. hat sich dahin ausgesprochen, daß ein Rechtsgeschäft und somit ein Vertrag nicht vorliegt, wenn eine solche auf eine Rechtswirkung gerichtete Absicht beim Beginn der Vertragsverhandlungen nicht vorhanden gewesen ist. Das Nichtvorhandensein eines Rechtsfolgewillens in diesem Zeitpunkt und bezüglich der in Frage stehenden Rechtswirkungen ist für die Mehrzahl aller Fälle der culpa in contractu anzunehmen. Beim Eintritt in die Vertragsverhandlungen wollen die Parteien möglichst noch keine Bindungen eingehen, sondern wirtschaftliche Maßnahmen zur Vorbereitung einer späteren rechtlichen Bindung treffen. Aus dem Rechtswillen der Parteien und somit aus einem Vertrage beim Beginn der Vertragsverhandlungen kann eine Verpflichtung zur Sorgfalt und evtl. zum Schadensersatz deshalb in der Mehrzahl der Fälle nicht hergeleitet werden.

---

[92]) Leonhard, V. V. S. 20, Schuldrecht S. 557; Walsmann, Z. f. Handelsrecht 84 S. 219; Stoll, L. Z. 1923 S. 543; Raiser, Arch. f. ziv. Prax. 127, S. 20.

[93]) Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft S. 178ff. und so ähnlich Enneccerus Bd. 1 § 136 II A 3.

[94]) Enneccerus daselbst.

[95]) Leonhard, Lehrbuch in k. S. S. 40.

Diese Unmöglichkeit an den Beginn aller Vertragsverhandlungen allgemein einen besonderen Sorgfaltsvertrag zu setzen, schließt nicht aus, daß im einzelnen Fall der Tatbestand so liegen kann, daß die Annahme eines eigenen Sorgfaltsvertrages zu rechtfertigen ist. Wenn jemand über den Ankauf eines Autos verhandelt und ihm der Händler den Vorschlag macht, eine Probefahrt zu machen, so kann man ohne Willkür annehmen, daß der Verkäufer damit auch die Haftung für alle von ihm schuldhaft bewirkten Schädigungen übernimmt.[96]) Ebenso wird man einen Besichtigungsvortrag anzunehmen haben, wenn die verkaufende Fabrik oder das zu veräußernde Haus von dem Reflektanten in Augenschein genommen wird. Ein überaus wichtiger Fall, der hierher gehört, ist auch der Unfall, den jemand erleidet, der sich in einem Warenhaus oder größeren Kaufhaus aufhält. Das Reichsgericht hat danach unterschieden, ob der Verletzte bereits die Verhandlungen über irgendeinen Vertrag eröffnet hatte oder nicht. Wenn der Verkäufer mit dem Kunden verhandelt, so ist er in diesem Zeitpunkt die Verpflichtung eingegangen, die verkehrmäßige Sorgfalt zum Schutze seines Kunden anzuwenden.[97]) Mit Recht hat aber das Reichsgericht in einem Falle die vertragliche Haftung für einen Schaden abgelehnt, den jemand erlitten hat, der ein Warenhaus bereits betreten, aber Kaufverhandlungen noch' nicht eingeleitet hatte.[98]) Abgelehnt hat das Reichsgericht damit die Ansicht, daß schon in dem Betreten eines Warenhauses das Angebot zum Abschluß eines Sorgfaltsvertrages oder die Annahme einer in der Eröffnung des Kaufhauses liegenden Offerte zu erblicken ist.[99]) Es unterscheidet sich derjenige, der durch ein Warenhaus geht, kaum von demjenigen, der von außen die Auslagen des Unternehmens besichtigt. Der Besucher wird in den meisten Fällen nicht einmal nach seinem Wunsche gefragt, so wenig ist er zu dem Inhaber des Warenhauses in eine geschäftliche Beziehung getreten. Beginnt er dagegen Vertragsverhandlungen, so ändert sich dieses sofort. Erst jetzt hat der Geschäftsinhaber an dem Kunden ein Interesse und er ist jetzt bereit, ihn besser als einen Straßenpassanten zu stellen dadurch, daß er sich ihm gegenüber vertraglich zur Sorgfalt verpflichtet. Ganz entsprechend ist eine vertragliche Haftung der Eisenbahn für Verschulden beim Vertragsschluß nicht bei jedem anzunehmen, der sich im Bahnhofsgebäude aufhält und dort Schaden nimmt, sondern sie beginnt erst mit den Vertragsverhandlungen, d. h. also dem Ankauf einer Fahrkarte.[100])

[96]) Leonhard, Schuldrecht S. 551.
[97]) RGE. 78 S. 239 zustimmend Leonhard, Schuldrecht S. 551, dagegen Negendanck a. a. O. S. 49.
[98]) So Fürst L. Z. 1910 S. 77ff.; Planck I 4d vor §§ 275ff., dagegen RG. 74 S. 124ff.; JW. 1913, S. 24ff.
[99]) RG. Warn. Ergänz. Bd. 1912 Nr. 418, a. A. Schönwald S. 29.
[100]) RGE. 55, S. 337; 73 S. 149ff.; 86 S. 321; Warneyer, 08 S. 209; JW. 04 S. 358 und 484.

Dieselben Grundsätze muß man anwenden bei der Haftung eines mittleren und kleineren Geschäftsunternehmens, das seine Räume dem Publikum geöffnet hält. Aber hier ist die Sachlage eine andere wie bei einem Warenhaus, und deshalb führen die obigen Grundsätze bei ihrer Anwendung hier zu einer anderen Abgrenzung. Wer ein mittleres oder kleineres Geschäft betritt, tritt nämlich damit bereits in die Sphäre des Vertraglichen. Er gibt damit zu erkennen, daß er nach seinem Wunsche gefragt werden will oder daß er ihn sofort äußern werde. Mit dem Betreten der Geschäftsräume ist hier tatsächlich der gleiche Zustand erreicht, wie er in dem Betreten eines Warenhauses liegt, wenn dem die Eröffnung der Vertragsverhandlungen gefolgt ist. Von diesem Augenblick an muß deshalb die Haftung des Unternehmers für Schadensfälle eine vertragliche sein.[101]) Leonhard[102]) glaubt nicht, daß in der Eröffnung eines Ladens in greifbarer Weise der vertragliche Haftungswille zum Ausdruck komme. Aber m. E. kann man darin doch wohl eine vertragliche Bindung sehen, weil der Inhaber nicht wie der Inhaber eines Warenhauses mit der großen Zahl derer rechnen muß, die das Haus zwar betreten, aber garnicht gewillt sind, irgendetwas zu kaufen. Handelt es sich nicht um ein Warenhaus, so kann man deshalb wohl dem Inhaber des Geschäftes den Willen zumuten, für jeden Unfall aufzukommen, der dem Kunden durch sein oder seiner Angestellten Verschulden in seinen Geschäftsräumen zustößt. Nur so gelingt es auch für solche Fälle einen einigermaßen sicheren Zeitpunkt für den Beginn der Haftung zu gewinnen. Wenn z. B. jemand, der einen solchen mittleren Laden betreten hat. sofort nach seinem Eintritt dadurch eine Verletzung erleidet, daß ein Angestellter, der auf einer Leiter steht, einen Gegenstand fallen läßt, so ist eine Haftung des Verkäufers nach Vertragsgrundsätzen angebracht. Wenn man aber den Beginn der Vertragsverhandlungen auch in diesem Falle erst in der Eröffnung der Verhandlungen mit dem Verkaufspersonal sieht, so muß man die Entscheidung des vorliegenden Falles darauf abstellen, ob der Kunde z. Zt. des Herabfallens des Gegenstandes bereits nach seinen Wünschen gefragt wurde oder nicht. Entscheidend wäre also die Schnelligkeit, mit der in dem betreffenden Geschäft das Bedienungspersonal der Kundschaft zur Verfügung steht. Günstiger wären im vorliegenden Fall für den Geschäftsherrn träge Verkaufskräfte.

Um solche Entscheidungen zu vermeiden, erscheint es notwendig, im Gegensatz zum Warenhaus in einem gewöhnlichen Geschäft den Beginn der Vertragsverhandlungen bereits in dem Eintritt des Kunden in den Geschäftsraum zu sehen. Dadurch wird auch die grundsätzliche Gleichbehandlung mit dem Warenhaus insofern eingehalten, als auch im Warenhaus der Kunde und nicht der Verkäufer den Beginn der Vertragsbeziehung bestimmt.

---

[101]) RG. JW. 1912, S. 743; Staup 21 zu § 347.
[102]) Schuldrecht S. 557.

Beachtung muß in diesem Zusammenhang auch die Frage nach der Haftung der Gastwirte finden für Schäden, die ihren Gästen in den Wirtschaftsräumen zustoßen. Mit der Eröffnung des Lokals bietet der Gastwirt einen Aufenthaltsraum, und man kann in dieser Eröffnung die Aeußerung des rechtsgeschäftlichen Willens sehen, allen, die die Räume in der Absicht, etwas zu verzehren, betreten, dafür einzustehen, daß ihnen nicht durch sein oder seiner Leute Verschulden Schaden entstehe.[103]) Die Beziehung zwischen Wirt und Gast beginnt eben nicht erst mit dem Bestellen, sondern damit, daß der Gast seinen Aufenthalt in den Räumen des Wirtes wählt. Seitens des Wirtes wird allerdings vorausgesetzt, daß Speisen bezw. Getränke bestellt werden, aber der Wirt kann eine solche Bestellung nach den geltenden Anschauungen auch mit Sicherheit erwarten und deshalb schon vorher den Aufenthaltsvertrag eingehen. Fürst[104]) bestreitet, daß ein Vertrag den Grund für die Haftung des Gastwirts abgeben könne. Er erwähnt den Fall, daß ein Gast in dem Wirtschaftsraum Platz genommen habe, ohne daß der Gastwirt oder einer seiner Angestellten ihn bemerkt hat. Das aber ist doch kein Hindernis für die Annahme eines Aufenthaltsvertrages. Die Offenhaltung der Räume bildet die vom Wirt gemachte Offerte. Die Annahmeerklärung des Gastes liegt in dem Betreten der Räume. Auch wenn der Wirt und seine Angestellten keine Kenntnis genommen haben von dem Eintritt, so ist diesem doch die darin liegende Willenserklärung zugegangen, denn die Möglichkeit einer Kenntnisnahme bestand bei normaler Gestaltung der Verhältnisse jedenfalls.[105]) Wenn nun jemand die Räume des Gastwirts betritt, um dort zu betteln, oder sich vor dem Regen zu schützen, so ist eben kein Vertrag zustande gekommen, denn nach dem Inhalt des in der Eröffnung des Lokals liegenden Angebotes, will der Gastwirt nur denen zur Sorgfalt aus Vertrag verpflichtet sein, die mit ihm in rechtsgeschäftliche Beziehungen treten. Andererseits würde derjenige, der mit dem Inhaber des Restaurants eine Besprechung wegen einer abzuhaltenden Festlichkeit hat, ebenfalls den Vertragsschutz erworben haben.[106])

Es gibt nach alledem also in der Tat Fälle, in denen die Haftung für ein Verschulden mit Recht auf einen Sorgfaltsvertrag Aber es ist nicht zu verkennen, daß es sich hierbei nur um eine ganz bestimmte Gruppe von Fällen handelt, deren gemeinsames Merkmal man darin sehen kann, daß auf die Einladung des einen hin die Vertragsverhandlungen in den Räumen des anderen ge-

[103]) Leonhard, Schuldrecht S. 552; RG. Recht 08 S. 516; JW. 1911 S. 360; RGE. 74 S. 126; Gruch. Beitr. 52 S. 534ff.; Schmölder DJZ. 05 S. 831; Planck a. a. O., ähnlich Goldschneider, Gruchot 60 S. 372; anderer Meinung Fürst LZ. 1910 S. 178; Oertmann 5 zu § 701.

[104]) L. Z. S. 179.

[105]) Vergl. Enneccerus I § 149, 2.

[106]) So auch Fürst a. a. O.

tätigt werden. Diese Besonderheit der erwähnten Fälle veranlaßt Titze sogar dazu, sie aus dem Gebiet der Frage nach der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß auszuscheiden.[107]) In allen anderen Tatbeständen aber, in denen ein Verschulden beim Vertragsschluß vorkommt, muß man den Gesichtspunkt eines vorherigen, zur Sorgfalt verpflichtenden Vertrages fallen lassen, will man sich nicht dem berechtigten Vorwurf der Fiktion aussetzen. Im weitesten Umfang bleibt demnach ein Bedürfnis für die Haftung offen, weil die ausdrücklich im Gesetz erwähnten Möglichkeiten keine Handhabe zur Begründung einer Ersatzverpflichtung bieten. Insoweit besteht ein Bedürfnis für eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß.

Noch in seiner Entscheidung J. W. 1908 S. 657 hatte das Reichsgericht gesagt: „Verschulden beim Vertragsschluß begründet keine Haftung. Eine Bestimmung, wie sie die §§ 284, 285 ALR. I 5 enthalten, kennt das BGB. nicht." Dann aber konnte sich das Reichsgericht den Bedürfnissen des rechtlichen Verkehrs nicht mehr verschließen und schon in seiner Entscheidung JW. 1912 S. 743 hat es kein Bedenken getragen, den Parteien für die Zeit der Vertragsverhandlungen die gleichen Sorgfaltspflichten aufzuerlegen, wie sie für die Vertragserfüllung gelten. Die inzwischen erschienene Abhandlung von Leonhard: Verschulden beim Vertragsschluß (1910) hatte den Standpunkt des Reichsgerichts maßgebend beeinflußt[108]), und im Anschluß an diese Schrift besteht bei den deutschen Gerichten heute kein Zweifel mehr, daß für die Haftung für fahrlässiges Verhalten während der Vertragsverhandlungen ein praktisches Bedürfnis gegeben ist.

VI.

Das praktische Bedürfnis für eine allgemeine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß ist dargetan. Als Rechtssatz ist diese Verpflichtung des Schädigers zum Schadensersatz aber erst dann anzuerkennen, wenn ein Rechtsgrund zu seiner Haftung gegeben ist. Es wäre am einfachsten, mit der sogenannten Freirechtsschule den Nachweis des praktischen Bedürfnisses für ausreichend zu erklären und dann durch Billigkeitserwägungen und Interessenabwägung die Schadensersatzverpflichtung zu begründen.[109]) Eine solche Art der Fortbildung unseres Rechtes widerspräche dem dringenden Erfordernis der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit, weil es an die Stelle des objektiven Gesetzes die subjektive und deshalb im Einzelfall immer verschiedene Rechtsansicht des Richters setzen würde. Der größte Vorzug des geschriebenen Rechts, daß nämlich nicht das Rechtsgefühl des Einzelnen, sondern ein fest formulierter objektiver Rechtssatz für die Entscheidung maßgebend ist, würde damit völlig verloren gehen. Obwohl unsere Zeit in der Anwendung

[107]) DJZ. 1925 Sp. 490.
[108]) Vergl. Geppert a. a. O. S. 538.
[109]) Vergl. vor allem Fuchs, die Gemeinschädlichkeit der Konstruktiven Jurisprudenz.

des gesetzten Rechts freiheitlicher vorgeht, ist es doch ein anerkannter Grundsatz unseres Rechtslebens geblieben, daß der Richter zwar nicht an dem Wortlaut, wohl aber an dem Gesamtsinn des Gesetzes gebunden ist. Für unseren Fall ergibt sich daraus die notwendige Forderung, nach der gesetzlichen Grundlage für die Haftung des schädigenden Vertragsteils zu suchen. Nur insoweit, als auf der Grundlage des Gesetzes eine Haftung begründet werden kann, darf den Bedürfnissen der Praxis durch den Richter nachgegeben werden.

Die Frage nach dem Rechtsgrund einer Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß ist sehr stark umstritten und dieser Streit beeinflußt die Stellungnahme zu praktisch wichtigen Fragen, die später noch erörtert werden. Bedauerlich ist es, daß die Entscheidungen der Gerichte in diesem Punkte meistens nur oberflächlich auf die sonstige Literatur verweisen und auf die Schaffung eigener Rechtsansichten verzichten.

Falsch ist es, wenn das Reichsgericht sich wiederholt bei der Begründung der Haftung für culpa in contractu allein auf den im § 242 BGB. verankerten und das ganze Schuldrecht beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben berufen hat.[110]) § 242 BGB. ist niemals Rechtsgrund, sondern immer nur allgemeiner Leitgedanke, der bei der Erfüllung der auf den Vertrag gegründeten Verpflichtung angewendet werden soll. In allen Fällen, in denen diese Bestimmung zur Anwendung gelangt, muß vorher ein Schuldverhältnis als Rechtsgrund festgestellt sein. dessen näherer Inhalt dann mit Hilfe des § 242 BGB. im Wege der Auslegung ermittelt werden kann.[111]) Als selbständiger Haftungsgrund kann der Grundsatz von Treu und Glauben dagegen nicht herangezogen werden.

Ebenso ist es abwegig, als Rechtsgrund die Bestimmung des § 276 BGB. zu bezeichnen.[112]) § 276 spricht von der Haftung des „Schuldners", setzt also eine Verpflichtung bereits voraus und bestimmt dann nur, daß dieser Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat. In dieser Bestimmung liegt also nur die Bemessung, nicht aber der Grund für die Haftung des Schuldners.[113])

Noch ein anderer allgemeiner Grundsatz, dessen Richtigkeit in der Rechtslehre unbestritten ist, hat zur Begründung der Haftung für Beschädigungen während der Vertragsverhandlungen gedient. Es ist dieses die Lehre vom Rechtsschein, die

---

[110]) So RG. 95 S. 607; 103 S. 47; 104, 165ff.; so auch Staup § 347, 2, c.; Hedemann, Grundriß des Schuldrechts S. 318.

[111]) RG. Kom. 1 zu § 242; Leonhard, Schuldrecht S. 554; Stoll, L. Z. 1923 Sp. 540; Oertmann, JW. 1919 S. 35; Herholz, Arch. f. ziv. Prax. 130 S. 287.

[112]) RGE. 88, S. 105.

[113]) Enneccerus, § 266 III; Leonhard, V. V. S. 50, Schuldrecht S. 554; Brecht, Iherings Jahrb. 53 S. 282; Schönwald, a. a. O. S. 26ff.; a. A. RG. 52, 19, 53, 201; Krückmann, Iherings Jahrb. 59, 352, ders. JW. 1920, S. 136.

sowohl im öffentlichen wie im privaten Recht Geltung beansprucht. Danach sei es geltendes Recht, daß „der Schaden regelmäßig auf denjenigen abgewälzt wird, durch dessen Willen, Fahrlässigkeit oder Veranlassung der Schein entstanden oder geblieben ist.[114]) Es ist gewiß richtig, daß sich in unserem Recht zahlreiche Stellen aufzeigen lassen, die als Ausfluß des Prinzips des Rechtsscheins angesehen werden können. Aber es gibt zahllose Fälle, in denen ein Rechtsschein vorhanden ist und er trotzdem keinerlei Wirkung ausübt. (Z. B. ich werde nicht Eigentümer, wenn ich die meinem Erblasser geliehene Sache gutgläubig als eigene besitze, ich verliere meine Forderung nicht, wenn ich Quittung gebe, weil ich fälschlich annehme, der Schuldner habe bezahlt.)[115]) Gerade daraus, daß das Prinzip des Rechtsscheins in unserem Recht nicht vollständig zur Durchführung gelangt ist, ergibt sich die Unmöglichkeit, unter Außerachtlassung des positiven Rechts auf ein allgemeines Prinzip zurückzugehen. Der Gedanke des Rechtsscheins kann vielmehr nur dort berücksichtigt werden, wo er zur gesetzlichen Regelungen geführt hat. Auch bei der Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen, die als Anwendungsfälle dieses Prinzips anzusprechen sind, mag die Aufzeigung und Berücksichtigung dieses Prinzips von Wert sein. Es ist aber nicht unmittelbare Rechtsquelle und deshalb nicht geeignet in der Frage nach dem Rechtsgrund für die Haftung für fahrlässiges Verhalten bei den Vertragsverhandlungen zur Lösung herangezogen zu werden.

Wenn behauptet wird, ein zwischen den Parteien bestehendes Vertrauensverhältnis bilde den Grund für die Haftung[116]), so ist das in keiner Weise ausreichend. Allergrößte Schwierigkeiten und mangels eines einheitlichen Begrenzungsmaßstabes die verschiedensten Auffassungen würde allein die Frage danach hervorrufen, wann ein Vertrauensverhältnis gegeben ist. Außerdem ist aber eine Haftung aus einem solchen Verhältnis unzureichend.[117]) Ein Vertrauensverhältnis würde zum mindesten eine bereits gewisse Zeit dauernde Geschäftsverbindung voraussetzen, denn vorher kann von einem Vertrauens-„verhältnis" nicht gesprochen werden. Eine Haftung für Schädigung bei Vertragsverhandlungen muß aber auch dann stattfinden, wenn die Parteien noch keine Geschäfte früher miteinander getätigt haben, denn der Rechtsschutz wird nicht durch eine Dauerbeziehung erworben, sondern durch die Schaffung einer Rechtsbeziehung. Deshalb verdient auch die Ansicht Alsbergs[118]) keine Billigung, der die Haftung des Bankiers aus seiner besonderen

---

[114]) Naendrup, Rechtsscheinsforschungen, I 1910 S. 7.
[115]) Enneccerus, § 73 II 3.
[116]) RGE. 88, 105; JW. 1916 S. 116; OLG. Hamburg, in Seuff. Arch. 163 S. 290; in RG. JW. 1912 743 und L. Z. 25, S. 706, wird die Haftung auf Vertrag gegründet, das Vertrauensverhältnis aber zur Rechtfertigung mit herangezogen.
[117]) Leonhard, V. V. S. 20, Lehrb. S. 554; Negendanck S. 25.
[118]) In Holdheims Monatsschrift 06, S. 231 ff.

beruflichen Tätigkeit herleitet. Die speziellen Verhältnisse im Bankgewerbe sind wohl u. U. geeignet, die Haftung besonders dringlich erscheinen zu lassen, sie können aber nicht schon selbst als Verpflichtungsgrund aufgefaßt werden.

Neuerdings gewinnt mehr und mehr eine Auffassung an Boden, die ein besonderes Rechtsverhältnis annimmt, dem die hier nicht näher zu erörternden Sorgfaltspflichten entspringen sollen. Die Parteien ständen sich schon mit Beginn der Vertragsverhandlungen nicht mehr als ganz fremde Personen gegenüber, für welche nur das Deliktsrecht gelte, sondern in einem Rechtsverhältnis, vermöge dessen sie gewisse Rücksichten aufeinander zu nehmen hätten.[119]) Aber über die Begründung dieses rechtlichen Verhältnisses besteht keineswegs eine einheitliche Auffassung. v. Tuhr[120]), der zuerst auf diese Möglichkeit, die Ersatzpflicht zu begründen, hinwies, betrachtet das Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen als ein sogenanntes nur-gesetzliches, d. h. der Wille der Vertragsparteien bewirkt nicht diese Bindung der Kontrahenten aneinander, sondern rein ex lege tritt sie ein, sobald die Vertragsverhandlungen begonnen haben. Der Entstehung nach wäre es also der ungerechtfertigten Bereicherung und der Geschäftsführung ohne Auftrag gleichzustellen. Fischbach, der auf dem gleichen Standpunkt steht, drückt das so aus[121]): „Hier löst nicht der ausdrückliche Wille der Parteien, sondern eine von der Person der künftigen Vertragsschließenden gewollte Handlung (Vorbereitungshandlung) oder Unterlassung die Rechtswirkung aus."

Diese Auffassung ist richtig insofern, als sie davon ausgeht, daß die Konstruktion eines Vertrages über die Sorgfaltspflichten in den meisten Fällen daran scheitert, daß es an dem rechtlichen Willen der Parteien mangelt. Aber der aufgezeigte Weg ist ebenfalls nicht gangbar. Zwar hat unser Recht den Grundsatz der Vertragsfreiheit, aber nicht die Freiheit für die Annahme anderer nicht rechtsgeschäftlicher Schuldverpflichtungen.[122]) Die neueste Literatur sieht deshalb den Grund für das Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen in einem einseitigen Rechtsgeschäft.[123]) Ein solches sei das Vertragsangebot oder die Aufforderung zur Angabe eines solchen. Wenn ein Rechtsgeschäft Sorgfaltspflichten begründen soll, dann muß — auch beim einseitigen Rechtsgeschäft — ein darauf gerichteter rechtsgeschäftlicher Wille vorhanden sein. In vielen Fällen wird man deshalb gegen diese Auffassung dieselben Be-

[119]) v. Thur, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 121 S. 351.
[120]) Loehrb. II 1 S. 488 und III S. 463; auch Raiser Arch. für ziv. Prax. 127 S. 20.
[121]) Arch. f. bürgerliches Recht 41 S. 160.
[122]) Leonhard, Schuldrecht S. 554.
[123]) Stoll, L. Z. 1923, S. 544 und J. W. 1927, S. 1086; Herholz, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 130 S. 287; zweifelnd Oertmann Kom. 280, IV, e, wo er eine solche Auffassung als „möglich" bezeichnet.

denken vorbringen können, wie gegen die Annahme eines Sorgfaltsvertrages. Darüber hinaus aber noch steht diese vor allem von Stoll[124]) vertretene Ansicht mit dem § 305 BGB. im Widerspruch. Da es sich bei dieser Auffassung um die Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft handelt, kommt der Satz des § 305 BGB. zur Geltung, daß eine solche nur durch Vertrag stattfinden kann, und nur wenn das Gesetz ausdrücklich eine Ausnahme zuläßt, kann durch ein einseitiges Rechtsgeschäft die Verpflichtung geschaffen werden (Stiftung, Auslobung und Schulverschreibung auf den Inhaber). Eine dieser gesetzlichen Ausnahmen von dem Grundsatz des numerus clausus der einseitigen Rechtsgeschäfte liegt hier nicht vor. Die Fassung des § 305 BGB. bedeutet, daß andere einseitige Schuldversprechen grundsätzlich nicht verbindlich sind.[125]) Eine Verpflichtung zur Haftung läßt sich deshalb auf diese Weise nicht begründen.

Ausgehend von der eingangs gemachten Unterscheidung in Verschulden beim Vertragsschluß und solches bei den nicht zum Abschluß eines gültigen Vertrages führenden Vertragsverhandlungen kommt man dazu, als Rechtsgrund für die Haftung den abgeschlossenen Vertrag anzusehen. Wie bereits ausgeführt, kommt für die hier behandelten Fragen eine Analogie zu den §§ 122, 179, 307 BGB. nicht in Frage. Dann aber ergibt sich, daß in allen Fällen, die zum Zwecke der Analogie herangezogen werden können, die im Gesetz enthaltene Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß eine vertragliche ist. Bei dem besonders wichtigen Fall des § 463 BGB. hat man das zeitweise bestritten. Aber wie bereits dargelegt, ließ sich diese Auffassung aus praktischen und systematischen Gründen nicht halten, und es ist jetzt allgemein anerkannt, daß die im § 463 BGB. normierte Haftung eine vertragliche ist.[126]) Vor allem die Notwendigkeit, den § 278 BGB. auf diese Haftung anzuwenden, zwang zur Ueberprüfung des früheren Standpunktes.

Als gesetzliche Grundlage der im Bürgerlichen Gesetzbuch enthaltenen Fälle der Haftung zu culpa in contractu hat sich somit immer der Vertrag herausgestellt. Das legt nahe, die Haftung auch auf den Vertrag zu gründen, wenn sie in Analogie zu den im Gesetz enthaltenen Fällen geschaffen wird.[127]) Es bildet demnach der am Ende der Vertragsverhandlungen getätigte Vertrag den Grund für die Sorgfaltspflichten während der Verhandlungen und bei deren Verletzung für die Verpflichtung zum Ersatz des dadurch entstandenen Schadens.[128]) Die vertraglichen Pflichten beginnen nicht erst mit dem Abschluß

---

[124]) a. a. O.

[125]) Planck, I, 4, c, vor § 275 ff.; Staudinger, Einl. vor § 305 I; Leonhard, Schuldrecht S. 554; anderer Ansicht Fürst, L. Z. 1910, S. 179.

[126]) S. die Angaben S. 22 Anm. 2 und 3.

[127]) Stoll, J. W. 1927 S. 1086 Nr. 4.

[128]) J. W. 1915, S. 577; 1912 S. 743; RGE. 73, S. 347.

des Vertrages, sondern sie bestehen bereits vor Vertragsabschluß, wenn das Vertragswerk noch im Stadium der Verhandlungen sich befindet. Eine gleiche Stellungnahme finden wir beim Reichsgericht, wenn es in JW. 1912 S. 743 sagt: „Die zum Vertrag führenden Verhandlungen und der Vertragsschluß bilden ein Ganzes, dies rechtfertigt die Annahme, die für die Verhandlungen maßgebenden Pflichten zu Vertragspflichten zu machen." In JW. 1915 S. 577 macht das Reichsgericht einen Bankier für fahrlässig falsche Raterteilung vor Abschluß des Vertrages „auf Grund des zwischen den Parteien nach der Ratserteilung zustande gekommenen Vertrages" haftbar. Es handele sich um Erfüllung einer Nebenverpflichtung aus dem Kauf, obgleich sie schon vor dem Abschluß zu erfüllen sei. In seiner Entscheidung RGE. 95 S. 58 sagt das Reichsgericht: „der andere Teil muß sich darauf verlassen können beim Vertragsabschluß, daß seine Interessen nicht wider Treu und Glauben vom Gegner mißachtet worden sind und demnächst mißachtet werden". Das Reichsgericht bekennt sich also in all diesen Fällen bewußt zu dem Satz, daß der nachfolgende Vertrag den Rechtsgrund für die Haftung bildet. Leonhard drückte diesen Gedanken bereits aus, als er die Lehre von der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß begründete[129]): „Erst dadurch, daß ein Vertrag zustande kommt, erwächst eine Verpflichtung der Parteien, für ihr Verhalten einzustehen." Also erst daraus, daß später die Parteien über die Verhandlungspunkte einig werden und zum Abschluß einer rechtsgültigen Einigung gelangen, soll die Verpflichtung zur Aufmerksamkeit während der vorhergegangenen Vertragsverhandlungen erwachsen.

Diese Auffassung hat zahlreiche Gegnerschaft gefunden.[130]) Levy[131]) nennt es ein ysteron proteron, wenn man die Begründung der Schadensersatzpflichten von dem etwaigen Abschluß des Hauptvertrages abhängig macht, obwohl man anerkannt hat, daß schon im Stadium der Vertragsverhandlungen jeder Teil seinem Gegner gegenüber gewisse Pflichten zur Aufklärung und zur Verhütung von Schäden an Leib und Gut hat. Stoll[132]) stimmt dem zu, und sagt weiter: „Also erst dadurch, daß ein Vertrag – noch dazu ein gültiger — zustande kommt, sollen die Parteien für ihr bisheriges Verhalten während der Vertragsverhandlungen zu besonderer Aufmerksamkeit verpflichtet werden. Wie sie das wohl machen sollen? Ob sie etwa schon bei Beginn der Verhandlungen wissen, ob sie scheitern oder nicht?" Stoll kommt dann schließlich zu der Alternative: Entweder gibt es besondere Rechtspflichten gegenüber dem anderen Teil schon vor Vertragsabschluß — dann müssen

---

[129]) V. V. S. 58.
[130]) Levy, J. W. 1922 S. 1313; Stoll, L. Z. 1923, S. 540; Planck, I 4 vor §§ 275 ff.; Raiser, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 127, S. 20 ff.; Herholz, daselbst Bd. 130 S. 287.
[131]) a. a. O.
[132]) a. a. O. S. 540.

sie auch o h n e ihn gelten, oder aber entstehen diese Pflichten erst durch den Vertragsschluß — dann können sie auch nicht v o r, sondern erst mit diesem wirksam werden.[133])

Diese scheinbar schlagenden Gegenargumente lassen sich an Hand des BGB. leicht entkräften. Im Bürgerlichen Gesetzbuch findet sich nämlich bisher unangefochten die gleiche Regelung, die hier als der Logik widersprechend abgetan wird. Ich meine die Bestimmungen über den Rücktritt (§§ 346 ff BGB.). Wenn jemand auf Grund eines Vertrages, in dem das Rücktrittsrecht vorbehalten ist, eine Sache erhalten hat, und das Rücktrittsrecht wird später von einer der beiden Parteien ausgeübt, so entsteht in diesem Moment gemäß § 346 BGB. ein gesetzliches Schuldverhältnis, gerichtet auf die Rückgabe der beiderseitigen Leistungen. Wenn nun die eine Partei zu einer Zeit als die andere Partei den Rücktritt noch nicht erklärt hatte, die von ihr empfangene Sache durch Fahrlässigkeit beschädigt, so muß sie — abgesehen von den hier außer Betracht bleibenden Fall im § 351 BGB. — diesen Schaden ersetzen (§ 347 BGB.). Die Partei muß also Ersatz dafür leisten, daß sie die obligatio ad restituendam verletzt hat, obwohl diese Rückgabeverpflichtung zeitlich erst nach der Verletzung entstand. Man könnte also mit Stoll dem Verfasser des BGB. entgegenhalten „ob die Parteien etwa schon vorher wissen, ob von der Gegenseite der Rücktritt erklärt werden wird?" Ein solcher Einwand ist aber nie erhoben worden, weil eben jeder sich sagt, daß die Parteien damit rechnen müssen, daß ein Rücktrittsrecht, wenn es vereinbart ist, auch ausgeübt wird. Genau so aber müssen Parteien, die in Vertragsverhandlungen stehen, damit rechnen, daß diese zum Erfolge führen, ist doch dieser Erfolg geradezu das gemeinsame Ziel. Deshalb müssen die Parteien während der Vertragsverhandlungen ihren Sorgfaltspflichten als Vertragspartner mit Rücksicht auf den möglichen und gewollten Vertragsabschluß genügen.

Ein ähnlicher Fall, wie die Herleitung vorher zu erfüllender Pflichten aus einem später abzuschließenden Vertrag, besteht auch beim bedingten Geschäft, wo die Wirkungen gleichfalls von einem späteren Ereignis abhängig sind.[134]) Dennoch ist auch hier schon vorher eine Sorgfaltspflicht begründet (§ 160 BGB.).

Auch die Gegner selbst sind übrigens auf analoge Gedankengänge, wie die von ihnen so scharf abgelehnten, angewiesen. Wenn sie an den Anfang der Vertragsverhandlungen die Entstehung der Verpflichtung zur Sorgfalt setzen, so können sie Fälle, in denen das Verschulden bereits vor dem Beginn der Vertragsverhandlungen liegt, nicht anders behandeln.[135]) Wenn z. B. ein Verkäufer versäumt hat, vorher Erkundigungen über die Beschaffenheit der zum Verkauf stehenden Ware einzuziehen, so können die Gegner trotz ihrer Vordatierung der Sorgfaltsverpflichtung nicht daran vorbei, daß noch vor dieser die Verletzung

[133]) Stoll, L. Z. 1923 S. 542.
[134]) Leonhard, Schuldrecht S. 553.
[135]) Leonhard, a. a. O.

liegt, die zur Schadensersatzpflicht den Anlaß gibt. - Wir sind damit zu dem Ergebnis gekommen, daß es auf der Grundlage unseres Gesetzes eine Möglichkeit für die Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß gibt, und daß der Rechtsgrund für diese Haftung der am Ende der Verhandlungen abgeschlossene Vertrag ist.

VII.

Durch die vorhergehenden Erörterungen ist bereits unsere Stellung bestimmt zu dem in der Praxis umstrittensten Problem in dem ganzen hier zu behandelnden Gebiet: zu der Frage, ob eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß auch dann stattfinden soll, wenn die Vertragsverhandlungen nicht zu einer gültigen Einigung geführt haben. Sieht man mit uns den Rechtsgrund für die Ersatzpflicht in dem späteren Vertrag, dann kann man ohne Vertrag auch keine Haftung anerkennen.[136]) Bereits in seiner Schrift: „Haftung des Verkäufers für Verschulden beim Vertragsschluß" hat sich Leonhard auf diesen Standpunkt gestellt[137]), und in seiner Abhandlung: „Verschulden beim Vertragsschluß" hat er diese Ansicht ganz klar geäußert in dem Satz: „Erst dadurch, daß ein Vertrag zustande kommt, erwächst eine Verpflichtung der Parteien, für ihr Verhalten einzustehen."[138]) Zunächst hat sich diese Auffassung sowohl in der Wissenschaft[139]) wie in der Rechtsprechung[140]) durchgesetzt. Neuerdings macht sich nun die Tendenz zu einer immer weiteren Ausdehnung der Haftung geltend[141]), und es ist jetzt schon dahin gekommen, daß die herrschende Ansicht auf die Notwendigkeit eines Vertrages als Voraussetzung für die Ersatzpflicht verzichtet. Das Reichsgericht hat in seiner Entscheidung RGE. 107 S. 359 seine frühere Ansicht aufgegeben und sich auf den Standpunkt gestellt, daß es eines Vertrages für die Haftung nicht bedarf.[142]) Es heißt dort:

„Seit Iherings Schrift über die culpa in contrahendo ist es ein in der Rechtslehre vertretener Satz, daß auch schon vor Abschluß eines Vertrages zwischen den über einen solchen verhan-

[136]) Vergl. Schönwald, a. a. O. S. 33.
[137]) S. 1 ff.
[138]) S. 58; so auch jetzt noch Schuldrecht S. 555 ff.
[139]) Regelsberger, Iherings Jahrb. 58, S. 172; Richter, J. W. 1921, S. 644; Biermann, Lehrb. S. 249; Cosack, § 135; Klein, D. J. Z. 1906 S. 596 und Seuff. Bl. 72 S. 140; Warn. Kom. § 276, 5.
[140]) RGE. 93, S. 165; 95 S. 60; 97 S. 327; 103 S. 49; J. W. 1912 743; Warn. 1908, Nr. 293; 1910 Nr. 269; L. Z. 1910, S. 80; RG. Recht, 1922 Nr. 26; auch in 108 S. 410, J. W. 15 S. 240 und Seite 577, Seuff. A. 79 S. 60 ist ein gültiger Vertrag vorhanden.
[141]) Wie in Seuff. A. 74 S. 192 vom Reichsgericht selbst festgestellt wird; vergl. Oertmann, Kom. § 280 IV.
[142]) So auch RGE. 104, S. 268 und 107, S. 240; Gruchot Beitr. 69 Seite 224.

delnden Parteien gewisse auf Treu und Glauben beruhende Sorgfaltspflichten insbesondere zur Mitteilung und Offenbarung von Umständen, die auf die Entschließung des anderen Teils über den Abschluß und die Gestaltung des Vertrages von Einfluß sein können, begründet sind und daß ihre Nichterfüllung sowohl beim Zustandekommen des Vertrages wie auch beim Nichtzustandekommen eines solchen namentlich im Falle einer dadurch verursachten Nichtigkeit, Schadensersatzpflichten erzeugt. Dieser Rechtssatz liegt einer Anzahl von Vorschriften zugrunde: namentlich beruhen auf ihnen die §§ 179, 307, 309 BGB. ferner auch § 694 und die Gewährleistungsvorschriften im Kaufrecht." Insbesondere die §§ 122, 179, 307, 309 BGB. geben immer wieder Veranlassung zu der Behauptung, daß in unserem Recht der Gedanke einer Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß auch für solche Fälle verankert sei, in denen ein gültiger Vertragsabschluß nicht zustande gekommen ist.[143]) Die genannten Bestimmungen des BGB. enthalten Anwendungsfälle der von Ihering[144]) begründeten Lehre von der Haftung in culpa in contrahendo, die sich nur auf ungültige Verträge bezieht. Gegen die Möglichkeit einer Ausdehnung dieser Vorschriften auf andere Fälle, in denen es ebenfalls an einem gültigen Vertrag fehlt, spricht einmal die Tatsache, daß unser Gesetz nur drei Sonderfälle kennt, die durch ihre kasuistische Gestaltung den Willen des Gesetzgebers erkennen lassen, eine generelle Anwendung des von Ihering aufgestellten Prinzips nicht zulassen zu wollen.[145]) Vor allem aber steht einer Ausdehnung des aus den §§ 122, 179, 307 BGB. gewonnenen Grundsatzes entgegen, daß in diesen Bestimmungen keineswegs ein einheitliches Prinzip wirksam ist.[146]) Eingangs wurde schon betont, daß der Haftungsgrund schon bei Ihering nicht einheitlich eine culpa ist.[147]) Das Abgehen vom Verschuldensgrundsatz ist sodann beim BGB. ganz augenscheinlich. In den §§ 122 und 179 II BGB. ist ein Verschulden nicht zur Voraussetzung der Ersatzpflicht gemacht.[148]) Allein der äußere Tatbestand, daß die Partei einen Anfechtungsgrund geltend machte, den der Gegner nicht kannte, und auch nicht kennen brauchte, verpflichtet zum Einstehen für die Vertrauens-

---

[143]) Vor allem neuerdings Stoll, L. Z. 1923, S. 533 und J. W. 1927 S. 1086; sodann Brecht, Iherings Jahrb. 53, S. 282; Kuhlenbeck, D. J. Z. 05 S. 1145; Bank A. 05/06, S. 286; Titze, D. J. Z. 25, S. 491; v. Thur, Arch. f. ziv. Prax. 131, S. 359; RGE. 104, S. 268 ff.; O. L. G. Hamburg, Recht 22 Nr. 1545; Enneccerus, § 266 III, Anm. 5, Löwenwarter, J. W. 1921 S. 1307;

[144]) Vergl. Leonhard, V. V. S. 58.

[145]) Kelin, D. J. Z. 06, S. 596.

[146]) Klein, a. a. O.

[147]) Vergl. Ihering in Iherings Jahrb. Bd. 4 S. 93; Regelsberger, zivilrechtliche Erörterungen S. 33.

[148]) Enneccerus, §§ 159 Anm. 1; RG. Kom. 1 zu § 122; RGE. 60 S. 345, 82 S. 398, 94 S. 197.

wirkung. In vielen Fällen wird allerdings ein Verschulden des Anfechtenden gegeben sein, aber notwendig ist das wohl auch nicht. Es ist deshalb richtig, wenn Manigk[149]) sagt, daß in diese Regelung „die Figur der Schuldhaftung hineinragt" oder wenn Ihering[150]) die culpa als das legislative Motiv des Schadensersatzanspruches bezeichnet. Es ist demnach im § 122 und im § 179 II BGB. das Veranlassungsprinzip, im § 179 I und § 307 BGB. dagegen das Schuldprinzip zur Geltung gebracht. Somit kann die in unserem Recht gegebene Regelung der Haftung für vorvertragliches Verhalten beim Abschluß eines nichtigen oder angefochtenen Vertrages nicht aus einem Prinzip gekommen sein.[151]) Eine Gesetzes- wie Rechtsanalogie ist jedoch bei dem Problem des negativen Vertragsinteresses nur dann gerechtfertigt, wenn die fragmentarische Regelung einem einzigen Grundgedanken entstammte.[152])

Die Tatsache, daß die im BGB. sich findenden Bestimmungen über die Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß bei nicht gültigen Verträgen eine Analogie nicht zu stützen vermögen, veranlaßt die Verfechter der weitgehenden Ausdehnung immer wieder zu der Zusammenziehung dieser Fälle mit den Fällen einer echten Haftung für culpa in contractu (§ 694 BGB.). Aus der Gesamtheit dieser Vorschriften wird dann der Schluß gezogen, daß die Haftung ohne Rücksicht darauf, ob ein gültiger Vertrag abgeschlossen ist, stattzufinden habe. Es ist aber hier der bereits oben gemachte Einwand zu erneuern, daß immer da, wo das BGB. eine Haftung bei ungültigen Verträgen kennt, ein Anwendungsfall der Iheringschen Lehre von der Haftung für culpa in contrahendo vorliegt, die mit der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß, wie sie von Leonhard und anderen im Anschluß an das Vertragsrecht des BGB. vertreten wird, völlig wesensverschieden ist.

Die Ansicht der Gegner verstößt aber auch gegen einen grundlegenden Satz unseres Rechts, der im § 823 BGB. verkörpert ist und dessen Inhalt besagt, daß überall dort, wo eine rechtsgeschäftliche Bindung nicht vorliegt, nur dann für fahrlässiges Verhalten gehaftet wird, wenn ein subjektives Recht oder eines der genannten Rechtsgüter verletzt worden ist, daß aber nicht allgemein für fahrlässige Vermögensschädigungen eingestanden werden soll.[153]) Die sorgfältige Regelung des BGB. in dem Gebiet der unerlaubten Handlungen verlöre ihren Sinn, wenn man an jede fahrlässige Schädigung fremden Vermögens einen Ersatzanspruch knüpfen würde. Man wende nicht ein, § 823 BGB. sei eben zu eng in seiner Beschränkung auf Rechts-

[149]) Irrtum und Auslegung S. 250.
[150]) a. a. O. S. 33.
[151]) Negendanck, S. 46.
[152]) Klein, D. J. Z. 06, S. 596.
[153]) Leonhard, Schuldrecht, S. 556.

schäden.[154]) Abgesehen davon, daß die Fassung des § 823 BGB. eine analoge Anwendung verbietet, wäre vor allem eine Haftung für fahrlässige Vermögensschädigungen nicht zu wünschen. Es würde zu einer großen Unsicherheit im Verkehr führen, wenn man fortdauernd fürchten müßte, durch seine Handlungen fremdes Vermögen zu schädigen und dafür ersatzpflichtig zu werden.[155]) Diese Bedenken fallen sofort weg, wenn durch den Vertragsschluß eine Rechtsbeziehung geschaffen ist, die eine Verpflichtung zur Aufmerksamkeit und zur Rücksichtnahme auf den bestimmten Gegner enthält. Fehlt es aber an diesem Vertrag, dann regelt § 823 BGB. die Haftung und es verstößt gegen diese Gesetzesbestimmung, wenn man auch beim Nichtvorliegen eines Vertrages die Haftungsgrundsätze des Vertragsrechts zur Anwendung bringen will.[156])

Die größten Bedenken gegen die Ausdehnung der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß auf die Schadensfälle, in denen ein Vertrag nicht zustande gekommen ist, leiten sich aus wirtschaftlichen und rechtspolitischen Erwägungen her. Mit dem Wegfall des Vertrages als Haftungsvoraussetzung verliert die Lehre jede Begrenzung, deren sie bedarf, wenn nach festgefügten Normen und nicht allein nach dem Billigkeitsmaßstab Recht gesprochen werden soll. Jede Person, die im geschäftlichen Leben steht, führt tagtäglich Vertragsverhandlungen, die nicht weiter fortgesetzt werden. Wenn in all diesen Fällen eine leichte Fahrlässigkeit bei Schädigung fremder Vermögen genügen würde, dann bestände bei jeder Anfrage und bei jeder Aufforderung zur Abgabe einer Offerte bereits die Gefahr eines darauf begründeten Schadensersatzprozesses.[157]) Wie soll es z. B. sein, wenn jemand Vertragsverhandlungen einleitet und sie dann ohne Grund abbricht, nachdem der Gegner mehrfach Zeitverluste und Fahrtkosten infolge der Verhandlungen hatte? Soll er gar Gefahr laufen verurteilt zu werden, weil er aus geschäftlichen Gründen den wirklichen Grund des Abbruchs der Verhandlungen nicht offenbaren kann und sich deshalb so ansehen lassen muß, als habe er gar keinen Grund zum Abbruch der Verhandlungen gehabt? Treu und Glauben würden dadurch jedenfalls im rechtlichen und geschäftlichen Verkehr nicht zunehmen. Mancher von denen, die vergebens einen günstigen Vertragsschluß herbeiführen wollten, würden im Wege des Schadensersatzprozesses auf Grund der Haftung für Fahrlässigkeit während der Verhandlungen ihr wirtschaftliches Ziel weiterverfolgen.[158])

[154]) So Löwenwarter, J. W. 1921, S. 1307; eine Ausdehnung sei wirtschaftlich notwendig.

[155]) Leonhard, V. V. S. 33.

[156]) a. A. Löwenwarter a. a. O.

[157]) Vergl. Leonhard, Schuldrecht S. 557.

[158]) Leonhard, Schuldrecht a. a. O.; vergl. auch Oertmann, Arch. für ziv. Prax. 121, S. 127, der dort ausführt, daß das Abgehen von dem Erfordernis des Vertrages zu ganz unerträglichen Folgen führen müsse.

Zwar wird von keiner Seite bisher eine derart weitgehende Auslegung des Grundsatzes von der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß befürwortet, aber da der feste Boden der Vertragsbeziehung bereits von der Mehrheit verlassen ist, besteht für diese keine Möglichkeit, eine solche Ueberspannung des richtigen Grundsatzes zu verhindern. Auf der Suche nach einer festen Begrenzung kommt Oertmann, der neuerdings ebenfalls das Vertragserfordernis fallen läßt, zu der Frage, ob eine Haftung auch dann einzutreten habe, wenn es „nicht einmal äußerlich" bis zum Vertragsabschluß gekommen ist.[159]) Wenn Oertmann damit meint, daß auch bei wirksam angefochtenen Verträgen für fahrlässiges Verhalten während der Vertragsverhandlungen gehaftet werden soll, so trifft sich das mit einer im folgenden Abschnitt geäußerten Ansicht. Ist damit aber eine andere Unterscheidung beabsichtigt, so beruht sie sicher nicht auf Rechtsgründen, denn der Begriff eines „äußerlichen Vertragsschlusses" ist unserem Rechte fremd. Dieser Versuch kennzeichnet das aussichtslose Bestreben, eine allgemein anerkannte Grenze für die Haftung zu finden, wenn man den Vertrag nicht als solchen anerkennen will.

Die Verfechter einer unbeschränkten Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß können für ihre Ansicht in Anspruch nehmen, daß sie geeignet ist, in jedem Falle, in dem es die Billigkeit erfordert, den Anspruch auf Schadensersatz für eine während der Vertragsverhandlung geschehene Schädigung zu gewähren. Aber an den Anfang der Ausführungen hatten wir den Satz gestellt, daß den wirtschaftlichen Belangen nur insoweit Rechnung getragen werden dürfte, wie die Beobachtung des positiven Rechts es zuläßt. In diesem Punkte gehen die Gegner fehl. Ohne Rücksicht auf das Gesetz stellen sie allein das Billigkeitsideal in den Vordergrund, und verkennen, daß eine Haftung aus dem Gesetz nur dann begründet werden kann, wenn ein Vertragsschluß getätigt worden ist. Diese einseitige Betonung des Grundsatzes der Billigkeit, und die Außerachtlassung der gesetzlichen Vorschriften, bedeutet einen verhängnisvollen Schritt in Richtung auf das Freirecht, durch den große Gefahren für die Sicherheit der Rechtsordnung heraufbeschworen werden. Denn, wenn es nur darauf ankommt, eine Regelung zu finden, die in allen Fällen der Billigkeit genügt, so ist es am besten, überhaupt die Gesetze abzuschaffen und nur nach allgemeinen Grundsätzen Recht zu sprechen; denn diese bieten die größte Möglichkeit zu Entscheidungen im Sinne der Billigkeit. Unser Recht soll aber nicht nur billig, sondern auch einheitlich und bestimmt sein. Deshalb können wir ein geschriebenes Recht nicht entbehren. Nur soweit dieses es zuläßt, darf der Richter seine Entscheidungen nach dem Grundsatze der Billigkeit fällen.

Gegen diese Erkenntnis verstoßen die Gegner, wenn sie eine derartig weitgehende Ansicht über die Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß vertreten, daß damit jeder mögliche Fall,

---

[159]) Kom. 7 c vor § 145 und § 280 IV e.

der eine Haftung notwendig macht, einbezogen wird, obwohl sich aus dem Gesetz eine Haftung nur in einem Teil dieser Fälle, nämlich in denen, die zum Vertragsschluß führen, rechtfertigen läßt. Wenn aber das positive Recht so wenig respektiert wird wie in unserem Falle von den Anhängern der unbeschränkten Haftung für fahrlässiges Verhalten in Vertragsverhandlungen, so ist das, um mit Oertmann zu sprechen, nur ein Ausfluß jener weichlichen, sentimentalen Rechtsauffassung, die mit Hilfe einiger Kautschukbestimmungen das ganze festgefügte Gebäude des geltenden Rechts glaubt antasten zu dürfen.[160]) Abgesehen von den Fällen der wirksamen Anfechtung, über die im folgenden Abschnitt zu sprechen ist, können die Gegner keine Gruppe gleichgelagerter Fälle nachweisen, die bei einer Beschränkung der Haftung auf die Vertragsverhandlung, die zum Vertragsabschluß geführt hat, unbeachtet bliebe. Wenn aber ein Einzelfall vorkäme, in dem eine Haftung angezeigt wäre, so rechtfertigt dies noch nicht eine Stellungnahme, die so schweren Bedenken rechtlicher und wirtschaftlicher Art unterliegt, wie die hier bekämpfte. Es sei nur erwähnt, daß unserer Rechtsordnung kein Schutz des guten Glaubens in Bezug auf die Geschäftsfähigkeit bekannt ist und daß dadurch notgedrungen in einer großen und einheitlichen Gruppe von Fällen unbillige Entscheidungen notwendig werden.[161]) Diese Regelung wird aber trotzdem wenig bekämpft[162]), weil man einsieht, daß einer anders gearteten Regelung schwere Bedenken entgegenstehen. Um wieviel mehr muß eine unbillige Entscheidung im Einzelfall in Kauf genommen werden, wenn dadurch eine rechtlich unzulässige und wirtschaftlich unerwünschte Rechtsprechung vermieden wird.

VIII.

Leonhard[163]) und seine Anhänger ziehen aus dem Satz, daß eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß nur als Folge eines Vertrages möglich ist, die Folgerung, daß eine Haftung dann nicht stattfinden kann, wenn die Vertragsgrundlage durch Anfechtung beseitigt worden ist. Es hafte dann wohl der Anfechtende auf das Aufklärungsinteresse (§ 122 BGB.) aber nicht auf vollen Schadensersatz, und vor allem der Gegner hafte garnicht, auch dann nicht, wenn er den Irrtum verschuldet hat.[164]) Diese Stellungnahme erscheint als die zwangsläufige Folge der beiden Sätze: 1. die Vertragsfolgen werden durch die Anfechtung beseitigt (§ 142 BGB.) und 2. des von Leonhard aufgestellten und von uns im vorigen anerkannten Satzes, daß

---

[160]) So Oertmann, § 826 g als Kritik gegenüber den Versuchen, die Rechtskraft des Urteils vor dem § 826 BGB. zessieren zu lassen. Dabei sind die Argumente hierfür weit zwingender, als die für eine unbeschränkte Haftung f.

[161]) Vergl. die Entscheidung RG. Warn. 1915, S. 422 ff.

[162]) Gegen diese Bestimmung Danz, J. W. 1913 S. 1086; siehe auch Leonhard, Bank. A. Jahrg. 1905/06 S. 153 ff.

[163]) Leonhard, V. V. S. 59.

eine Haftung für culpa in contractu nur als Vertragswirkung eintreten kann.

Gegen die Auffassung, daß durch die Anfechtung die Möglichkeit einer Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß entfalle, lassen sich begründete Bedenken erheben. Wenn beispielsweise ein Kaufmann mit dem Vertreter einer Seifenfabrik über den Kauf von 100 Stück Seife verhandelt, und schließlich 100 Stück bestellt, wenn dann aber der Reisende aus Unachtsamkeit dem Käufer einen Bestellschein über 100 Dutzend vorlegt, den dieser unbesehen unterschreibt, so kann der Käufer das Geschäft wegen Irrtums über den Inhalt seiner Erklärung anfechten. (§ 119 BGB.) Bemerkt nun der Käufer seinen Irrtum erst, als er die vielfach größere Sendung im Hause hat, und ficht dann an, so hat er einmal die Fracht für die Sendung gleich beim Empfang der Ware bezahlen müssen und er hat u. U. auch sonstige Auslagen z. B. Lagerkosten u. a. Die Haftung des Käufers regelt sich aus § 122 Absatz 2, § 166 BGB. Danach braucht der Käufer, weil der Irrtum durch den Gegner fahrlässig verursacht war, diesem den Vertrauensschaden nicht ersetzen. Wie aber ist es mit dem Schaden des Käufers? Die Billigkeit verlangt, daß ihm die ausgelegten Frachtkosten und sonstigen Auslagen ersetzt werden. Den Verkäufer oder doch seinen Reisenden trifft ein Verschulden beim Vertragsschluß und infolge dieses Verschuldens ist dem Käufer ein Schaden entstanden. Die oben wiedergegebene Ansicht würde einem Schadensersatzverlangen des Käufers nicht entsprechen können, weil durch die Anfechtung die Vertragsvoraussetzung für die Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß beseitigt worden ist.

Dem Reichsgericht hat in seiner Entscheidung Band 95 Seite 58 der folgende Tatbestand vorgelegen: Ein Bauunternehmer hatte mit einer Stadt einen Verdingungsvertrag abgeschlossen durch den er den Bau einer Regen- und Dampfwasserableitung in einer Straße zu festen Preisen übernahm. Bei seiner Preisberechnung hatte sich aber der Bauunternehmer infolge falscher Angaben des Vertragsgegners über die Tiefe der Leitung unter der Straßendecke geirrt. Als er während der Ausführung den Irrtum bemerkte, focht er den Vertrag nicht an, sondern führte die Arbeiten zu Ende. Die entstandenen Mehrkosten klagte der Bauunternehmer als Schadensersatz ein. Da eine Fahrlässigkeit der Stadt bei der Untersuchung der Straßenhöhe festgestellt worden war, sprach das Reichsgericht dem Kläger die in der Klage begehrte Summe aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens beim Vertragsschluß zu. Diese Entscheidung des Reichsgericht ist allgemein und mit Recht gebilligt worden.[165]) Auch diejenigen, die mit Leonhard einen gültigen Vertragsschluß als Voraussetzung der Haftung für fahrlässiges Verhalten bei

[164]) Leonhard, Schuldrecht S. 559.

[165]) Oertmann, J. W. 1919, S. 35, (L. Z. 1914 S. 513 ff.); Richter, J. W. 1921 S. 665; Stoll, L. Z. 1923 S. 534; Geppert, Gruchot Beitr. Bd. 69 S. 542.

den Vertragsverhandlungen fordern, gelangen zu dem gleichen Ergebnis. Wie aber würde man dieses der Billigkeit und dem Rechtsbewußtsein entsprechende Urteil erreichen, wenn der Bauunternehmer, als er die Angaben der Stadt als falsch erkannte, den Vertrag angefochten hätte? Das Verhalten des Unternehmers wäre dann wohl noch korrekter gewesen, denn man kann u. U. darin eine Pflichtverletzung seinerseits sehen, daß er, als er bemerkte, daß bedeutende nicht vorhergesehene Mehrarbeiten notwendig waren, sich nicht zunächst einmal mit dem Bauherrn verständigte, ob und unter welchen Bedingungen die notwendig gewordenen Mehrarbeiten ausgeführt werden sollten.[166]) Ein Gebot der Billigkeit und ein dringendes wirtschaftliches Erfordernis ist es aber dann, daß der Unternehmer durch eine Anfechtung, die ihm das Gesetz geradezu für solche Fälle als Rechtsbehelf an die Hand gibt, sich nicht schlechter stellt und seines Anspruchs auf Schadensersatz verlustig geht. Die Anfechtung, die den Irrenden vor Schaden bewahren soll, würde ihm andernfalls geradezu Schaden bringen.

Erwähnt sei auch der vom Reichsgericht entschiedene Fall[167]), daß eine Brauerei durch ihren Prokuristen eine Wirtschaft zu einem Preise vermietet, bei dem ein Ausschank von 35 bis 40 hl Bier vorausgesetzt ist, obwohl der Prokurist durch genügende Erkundigungen hätte erfahren können, daß höchstens 15—16 hl in dem betreffenden Lokal umzusetzen sind. Bei dieser Sachlage hat der Pächter ein Anfechtungsrecht, denn er irrt über eine wesentliche Eigenschaft der Mietssache. (§ 119 II BGB.) Es wäre unbillig, wenn der Pächter den ihm entstandenen Schaden (Umzug, Anschaffungen) nicht ersetzt verlangen könnte, wenn er angefochten hat.

Aber auch umgekehrt wäre es denkbar, daß der aus irgendeinem Grunde anfechtungsberechtigte derjenige ist, den ein Verschulden trifft, und der durch seine Nachlässigkeit seinem Vertragsgegner Schaden zufügt. Wenn er dann auf Grund seines Irrtums anficht, würde er damit nach Ansicht Leonhards dem Gegner seinen berechtigten Ersatzanspruch entkräften. So könnte z. B. ein Vermieter, der sich bei der Festsetzung des Mietspreises irrt, der aber gewissenlos die Gesundheit seiner Mieter durch Vermietung einer ungesunden Wohnung in Gefahr setzt und diesen daher zwingt, eine andere — vielleicht teurere — Wohnung zu mieten, sich durch Anfechtung seiner ganzen Ersatzpflicht entledigen. Gerade dann haben diese Fälle ein besonderes Gewicht, wenn dem durch Verschulden beim Vertragsschluß Geschädigten das volle Vertragsinteresse zubilligt, während der Schädiger durch seine Anfechtung nur zum Ersatz des Vertrauensinteresses verpflichtet wird.

Die Lehre, daß eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß davon abhängig ist, daß ein Vertrag vorliegt, ist deshalb in ihrer Anwendung auf angefochtene Verträge schweren Bedenken wirtschaftlicher und rechtspolitischer

[166]) Geppert, a. a. O. S. 542.

Art unterworfen. Das Bedürfnis des Verkehrs rechtfertigt eine Haftung auch dann, wenn durch Anfechtung die sonstigen Vertragswirkungen beseitigt sind. Wenn allerdings durch die Anfechtung auch der Schaden weggefallen ist, der z. B. in einer ungünstigen Vertragsverpflichtung lag, so entfällt mangels eines Schadens natürlich auch die Verpflichtung zum Ersatz. Eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß, wenn dieser durch Anfechtung beseitigt wurde, unterliegt nicht den Einwänden, die im vorhergehenden Abschnitt gegen die Lehre von der Unabhängigkeit der Haftung vom Zustandekommen eines Vertrages erhoben wurden. Es fehlt hier nicht wie dort an einer festen Grundlage und damit auch nicht an einer Grenze für die Haftung. Hier ist eine Rechtsbeziehung zwar nicht mehr vorhanden, aber sie ist vorhanden gewesen, und es hat sogar eines besonderen Aktes, nämlich der Anfechtung, zu ihrer Aufhebung bedurft. Wer also für die Fälle der wirksam angefochtenen Verträge die Ersatzpflicht bejaht, geht nicht Gefahr, den festen Boden der Rechtsbeziehung zu verlassen. Auch aus diesem Grunde rechtfertigt sich somit die Absonderung dieser Fälle von denen, die einen Vertragstatbestand niemals enthalten haben.

Schwierigkeiten könnte dabei die Frage bereiten, wie die hier geäußerte Auffassung mit dem Satz des § 142 BGB., daß die Vertragswirkungen durch die Anfechtung wegfallen und dem anderen hier übernommenen Satz, daß eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß nur als Folge der nachfolgenden Einigung möglich ist, vereinigt werden kann.

Der Satz des § 142 BGB. gilt nicht, wie man nach dem Wortlaut dieser Bestimmung annehmen könnte, ohne jede Ausnahme.[168]) Es gibt Rechtsvorschriften, die nach ausdrücklicher Bestimmung oder nach sachgemäßer Auslegung an den einstweiligen Rechtszustand anknüpfen, sodaß ihre während dieses Zustandes eingetretene Veränderung durch die rückwirkende Wiederaufhebung nicht zerstört wird. Gesetzlich ist eine darartige Ausnahme von der allgemeinen Rückwirkung z. B. im § 1959 2 und 3 BGB. angeordnet, wo die Wirkung einer vom Erben vorgenommenen unaufschiebbaren Verfügung durch die nachherige Ausschlagung der Erbschaft unberührt gelassen wird. Das Reichsgericht hat auch beim § 389 BGB. eine Ausnahme von dem Grundsatz der Rückwirkung zugelassen und entschieden, daß einmal begründeter Gerichtsstand durch eine Aufhebung der Forderung im Wege der Aufrechnung nicht beseitigt wird.[169]) Die Bestimmung des § 142 kann z. B. keine Wirkung beanspruchen für Folgen, die auf dem Gebiet des Strafrechts liegen, und für einen Fall aus dem Handelsrecht hat das Reichsgericht in RGE. 51 S. 235 ff. eine Ausnahme vom Grundsatz der Rückwirkung mit Rücksicht auf § 744 HGB. ebenfalls zugelassen. Eine zweckentsprechende Auslegung des § 142 BGB. führt auch im Falle

[167]) Gruchot, Beitr. 69 S. 224.
[168]) Enneccerus I § 75, 3.
[169]) RGE. 58 S. 258.

der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß dazu, die Verpflichtung zu dieser Haftung an den einstweiligen Zustand zu knüpfen, d. h. an das noch anfechtbare Gesetz, sodaß durch eine Anfechtung die Verpflichtung nicht wieder beseitigt wird. Aus den oben erwähnten vorwiegend praktischen Gründen kommen wir deshalb zu dem Ergebnis, daß die Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß durch jeden Vertragsschluß entsteht, und daß sie der rückwirkenden Vernichtung durch die Anfechtung nicht ausgesetzt ist.

Es sei noch erwähnt, daß die hier behandelte Frage keineswegs des praktischen Interesses ermangelt. Das Reichsgericht ist einmal auf sie gestoßen[170]), und hat in dem hier abgelehnten Sinne entschieden. Aber es konnte der Billigkeit auf dem Wege über § 307 BGB. genügen und war somit den Schwierigkeiten der hier angeschnittenen Frage enthoben. In der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts tritt der Fall der culpa in contrahendo bei angefochtenen Verträgen deshalb nicht mehr hervor, weil das Reichsgericht überhaupt von dem Vertragserfordernis absieht und die Anfechtung deshalb an der Zuerkennung des Ersatzanspruchs nicht mehr hindert.

IX.

Nach der Behandlung der Frage, wann für ein Verschulden während der Vertragsverhandlungen gehaftet wird, muß sich der letzte Abschnitt mit dem Umfang dieser Haftung befassen. Auch in diesem Teil der Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß fehlt es keineswegs an Meinungsverschiedenheiten.

Leonhard und diejenigen, die mit ihm den Grund der Haftung für culpa in contractu in dem nachfolgenden Vertragsschluß sehen, wenden die Grundsätze über die Haftung bei bestehenden Verträgen an. Die Folge der Verletzung einer Vertragspflicht ist die Haftung auf das Erfüllungsinteresse und deshalb sprechen diese dem Geschädigten den Anspruch in voller Höhe zu.[171]) Auch das Reichsgericht ist dieser Ansicht gefolgt und hat bei Verschulden während der Vertragsverhandlungen das positive Vertragsinteresse zugesprochen.[172]) Demgegenüber hat vor allem Oertmann[173]) betont, daß nur eine Haftung für das Vertrauensinteresse in Frage kommen könne, weil der Ersatz der aus dem Abschluß des Vertrages zu erwartenden Vorteile zu un-

---

[170]) RGE. 51, S. 92.

[171]) Leonhard, Schuldrecht S. 563; Regelsberger, Iherings Jahrb. 58 S. 172; Staub, 2, b, zu 347; Stoll, J. W. 1929, S. 1086 ff.; Warneyer, Kom. V zu § 276.

[172]) RG. 95, S. 60, 97 S. 327 und 339; 103 S. 50 (darüber anderer Ansicht Oertmann, J. W. 1912 S. 743; Seuff. A. 75 Nr. 124.

[173]) Oertmann, L. Z. 1914 Spalte 514 ff.; J. W. 1919 S. 35, Kom. § 280 IV, e. u. Krückmann, Iherings Jahrb. 59 S. 326; Titze, D. J. Z. 25 S. 491; Levy, J. W. 22 S. 1313; v. Thur, II, 1 S. 490.

billigen Ergebnissen führe und insbesondere mit dem § 463 BGB. im Widerspruch stehe. Aber daß im § 463 BGB. die Pflicht zum Ersatz des positiven Interesses an ein arglistiges Verhalten geknüpft ist, beweist noch nicht, daß es ohne Arglist — vor allem bei Fahrlässigkeit also — eine Haftung auf das Erfüllungsinteresse nicht geben soll. Es wurde bereits erwähnt, daß die Vorschrift des § 463 nur aus ihrer besonderen Stellung im Währschaftsrecht zu verstehen ist. Wäre der Schluß Oertmanns richtig, dann müßte man aus dem § 463 BGB. ein Argument gegen die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß überhaupt entnehmen. Auch die praktischen Erwägungen rechtfertigen die Zuerkennung des ganzen Vertragsinteresses. Wenn ein Fabrikant ein Patent verkauft und dabei fahrlässig falsche Angaben über dessen Ausnutzungsmöglichkeit und Rentabilität macht, so entspricht es der Billigkeit, wenn er dem Geschädigten nicht nur dessen Aufwendungen ersetzen muß, sondern auch den Gewinn, den dieser bei der behaupteten Rentabilität gemacht hätte.[174]) Die gegenteilige Ansicht ist in der Hauptsache wieder eine Folge der hier bekämpften Verschmelzung der Lehre Iherings von der Haftung in culpa in contrahendo mit der Lehre Leonhards von der Haftung für culpa in contractu. Wenn bei der ersteren nur für das Aufklärungsinteresse gehaftet wird, so berechtigt das noch nicht zu dem Schluß, daß es bei dem ganz anders gestalteten zweiten Problem ebenso ist. Das hat auch das Reichsgericht hervorgehoben in der Entscheidung Gruchot 69 S. 224, in der ein Wirt Schadensersatz von der Brauerei verlangt, weil deren Prokurist bei der Verpachtung einer Wirtschaft statt des tatsächlichen Umsatzes von 15 bis 16 hl Bier einen solchen von 25 bis 30 hl zugrunde gelegt hat. Das Reichsgericht führt dort aus: „unbegründet ist der Angriff der Revision, dem Beklagten hätte nur der Vertrauensschaden zuerkannt werden dürfen. Es handelt sich weder um nichtige (§ 118 BGB.) noch um auf Grund des §§ 119, 120 BGB. angefochtene Willenserklärungen."

Neuerdings sucht eine Ansicht von der Unterscheidung zwischen Aufklärung und Erfüllungsinteresse abzusehen und den Umfang der Ersatzpflicht allein nach dem allgemeinen Grundsatz des § 249 BGB. zu bemessen.[175]) Der Ersatzpflichtige habe die Folgen, die das pflichtwidrige Verhalten während der Vertragsverhandlungen für den anderen Teil gehabt habe, zu beseitigen.[176]) Es kann danach ebenfalls zum Ersatz des Erfüllungsinteresses kommen, wenn nämlich dem Berechtigten durch das schuldhafte Verhalten gerade der Anspruch auf Erfüllung entzogen wurde, der ihm ohne dieses Verschulden erwachsen sein würde.[177]) Diese Auffassung ist nicht zu halten. Die Folge würde

---

[174]) Vergl. RG. J. W. 1912 S. 743 ff. und Leonhard, Schuldrecht S. 561.
[175]) Vor allem Stoll, J. W. 1927, S. 1096, Z. 4, L. Z. 1923, S. 546 u. RG. Kom. § 276 I.
[176]) Stoll, L. Z. 1922, S. 546.
[177]) Oertmann, Kom. § 280, IV c.

nämlich völlige Unsicherheit über die so wichtige Frage der Höhe des Schadensersatzes sein. Wenn die Stadt in dem bereits herangezogenen Fall RGE. 95 S. 58 ff. dem Bauunternehmer fahrlässig falsche Angaben über die Straßenhöhe gemacht hat, so käme nach dieser Ansicht ein Schadensersatz in Höhe des Erfüllungsinteresses in Frage, wenn anzunehmen ist, daß der Vertrag auch zu den veränderten Bedingungen geschlossen worden wäre, wenn der Auftraggeber den Irrtum mitgeteilt hätte, und der Unternehmer dann einen höheren Preis gefordert haben würde.[178]) Der Kläger wird behaupten, ein solcher Vertrag wäre zustandegekommen. Der Beklagte wird das immer leugnen und das Gericht hat keinerlei Anhaltspunkte, wie es sich zu den beiderseitigen Behauptungen stellen soll. Da man damit in das Gebiet der reinen Vermutung gekommen ist, kann niemand entscheiden, ob das Reichsgericht Recht hat, wenn es annimmt, daß der Vertrag auch zu den höheren Sätzen zustandegekommen wäre, oder Geppert[179]), der aus dem Verhalten der Stadt in dem Schadensersatzprozeß folgert, daß eine Bewilligung der höheren Sätze durch die Stadt wohl nicht erfolgt wäre. Es ist deshalb notwendig, daß von vornherein feststeht, ob nur der Vertrauensschaden oder auch das Interesse an der Erfüllung ersetzt wird; die Ansicht, daß die Entscheidung von reinen Vermutung über Möglichkeiten abhängig gemacht werden soll, läßt sich nicht durchführen.

Es wurde im vorhergehenden Abschnitt versucht, auch für angefochtene Verträge die Notwendigkeit einer Haftung für Verschulden während der Vertragsverhandlungen darzutun. Hier ist nun zu untersuchen, ob für das Gebiet dieser bisher nicht vertretenen Ausdehnung die Haftung ebenfalls in Höhe des Vertragsinteresses oder nur in Höhe des Vertrauensinteresses stattfinden soll. Zunächst darf nicht übersehen werden, daß die Haftung des Anfechtenden für den durch die Anfechtung dem Gegner entstandenen Schaden nur in Höhe des Aufklärungsinteresses stattfindet (§ 122 BGB.). Diese Bestimmung sagt aber nichts darüber, in welcher Höhe für ein außerdem vorliegendes Verschulden beim Vertragsschluß gehaftet wird. Das Gesetz hat im § 122 nicht allgemein geregelt, wie bei angefochtenen Verträgen gehaftet wird, sondern es hat nur die Haftung für den Anfechtenden als solchen begrenzt. Die Bestimmung des § 122 läßt somit die hier angeschnittene Frage unberührt.

Wenn die Haftung in den Fällen der wirksamen Anfechtung trotz des § 142 BGB. als Ausfluß des Vertrages bestehen bleiben soll, so muß auch der Maßstab für diese Haftung dem Vertragsrecht entnommen werden. Es muß also eine Haftung in Höhe des Erfüllungsinteresses stattfinden. Das entspricht auch den Anforderungen des rechtlichen Verkehrs. In dem erwähnten Vertrag zwischen der Stadt und dem Bauunternehmer über den

[178]) Oertmann, J. W. 1919, S. 35; Schönwald, S. 53.
[179]) Gruchot, Beitr. 69 S. 542.

Bau einer Wasserableitung lag die Möglichkeit einer Anfechtung nahe. Daß dann ein Schadensersatzanspruch wegen Verschuldens beim Vertragsschluß hätte gewährt werden müssen, wurde im vorhergehenden Abschnitt dargetan. Wollte man diesen Ersatzanspruch nun nicht in Höhe des Erfüllungsinteresses gewähren, so bliebe es bei dem unmöglichen Ergebnis, daß der Unternehmer durch eine Anfechtung seine Stellung verschlechtert haben würde. Ebenso ist es bei dem ebenfalls erwähnten Verkauf eines Patentes. Wenn hier eine Anfechtung erfolgt wäre, hätte der Verkäufer aus dem Gesichtspunkt der Fahrlässigkeit während der Vertragsverhandlungen ebenfalls das ersetzen müssen, was der Käufer bei der zugrunde gelegten Verwendungsmöglichkeit verdient hätte. Die Beschränkung der Haftung auf das Vertrauensinteresse würde den Erfordernissen des Rechtslebens nicht genügend Rechnung tragen.

Lebenslauf.

Ich wurde am 15. April 1907 in Bochum als Sohn des Kaufmanns Hermann Voswinkel und seiner Ehefrau Christine geborene Kruse geboren. Nach vierjährigem Besuch der Volksschule in Bochum besuchte ich von Ostern 1917 ab die Goethe-Oberrealschule in Bochum, an der ich neun Jahre später die Reifeprüfung bestand. Dann studierte ich sieben Semester Rechtswissenschaft an den Universitäten Tübingen, München und Marburg. Am 16. November 1929 bestand ich am Oberlandesgericht Kassel die erste juristische Staatsprüfung mit dem Prädikat „gut". Seit dieser Zeit befinde ich mich im Ausbildungsdienst im Bezirk des Oberlandesgerichts Hamm. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 15. Juli 1930.